



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامـــعة باتنـــــة -1-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســـم الحقـــوق

حجية التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية

تخصص: قانون جنائي

إعداد الطـــــالـب **سعـــــدي الربـــيع**

إشـراف الدكتـــــور **بوهنتالة عبد القادر**

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. العـــايش نواصـــــر	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنـــة	رئيـــســـــا
د.عبد القـــادر بوهنتـــالة	أستاذ محـــاضــر -أ-	جامعة باتنـــة	مشرفا ومقررا
أ.د. عبد الحفيظ طاشـــور	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة	عضوا مناقشا
أ.د. عبد الحليم بن مشري	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
د.عبد الوهـاب مخـلـوفي	أستاذ محـــاضـر -أ-	جامعة باتنـــة	عضوا مناقشا
د.جغـلــــول زغــــدود	أستاذ محـــاضـر -أ-	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا

قدمت ونوقشت علنيا يوم: 24-05-2017

السنة الجامعية: 2016/2015

إهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من :

*- وطني الحبيب والى من ضحوا بأنفسهم في سبيل تحريره ، والى الصامدين من أجل نهضته ورفعته .

*- والدي الكريمين رحمهما الله وجزاهم عني خير الجزاء .

*- شريكتي في الحياة زوجتي الكريمة التي كانت لي نعم السند والمعين كلما خبت عزيمتي وضعفت همتي .

*-بهجة حياتي ومنبع سروري أولادي الأحباء : فاطمة الزهراء ، محمد ، زين الدين ، المعتز بالله .

*- أفراد أسرتي إخوتي ، أخواتي ، جميع أقاربي .

*- زملائي بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعتي الحاج لخضر بباتنة، ومحمد بوضياف بالمسيلة .

إلى هؤلاء جميعا اهدي ثمرة جهدي .

الربيع سعدي

شكــر وعــرفــان

قال تعالى : {... لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ } (سورة إبراهيم الآية 07)

أشكر الله الحي القيوم على منّه عليّ وتوفيقي لانجاز هذا العمل .

يشرفني أن أتوجه بجزيل الشكر وجميل العرفان والامتنان إلى الأستاذ الفاضل ** بوهنتالة عبد القادر نظير ما منحني من جهد و وقت وتوجيهات ساهمت في تصويب العمل وإخراجه بصورته الحالية .**

كما يسرني أن أتقدم بأسمى عبارات التقدير والاحترام لأعضاء اللجنة المحترمين على تفضلهم بمناقشة العمل وتصويبه .

كما لا يفوتني أن أشكر كل من قدم لي يد المساعدة طيلة مراحل انجاز العمل ، ولو بكلمة تشجيع .

إلى هؤلاء جميعا أقول جزاكم الله عني خيرا وجعل مساعدتكم في ميزان حسناتكم .

الربيع سعدي

PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

ISO : International Organization For Standardization

ITU : International Telecommunication Union .

UNCITRAL : United Nations Commission On International Trade Law .

A.T.M : Automated Teller Machines

مقدمة

مقدمة

إلى وقت قريب كانت المعاملات اليومية للأشخاص تتميز بالوضوح والدقة والتحديد في مضمونها ومحتواها إلى جانب توفر قدر من الأمان والثقة تجاهها، ويعود السبب في ذلك إلى الطريقة التي كانت يتم بها تحرير تلك المعاملات، حيث تكتب في محررات يمكن الرجوع إليها كلما تطلبت الحاجة، وبالتالي لم يكن من اليسير إنكارها أو تغيير محتواها ولم يكن الأمر يقتصر على توثيق تلك المحررات، وإنما يتم تذييلها بتوقيع أصحاب الشأن (الأطراف المتعاملة) عليها بما يفيد الإقرار بصحة مضمونها ومحتواها وصدورها ممن وقعها.

أما في الوقت الراهن فإن التحولات الأساسية التي يشهدها العالم لم تعد مقتصرة على شكل النظام الدولي ومسألة توازن القوى بل تعدى الأمر ذلك إلى البيئة العلمية والتكنولوجية والقدرة على البحث والتطور، فقد أصبح من الواضح أن تلك التحولات أيا كان نوعها تقوم أساسا على العلم والمعرفة، وتعد ثورة المعلومات التكنولوجية، والتقنية التي يشهدها عالمنا اليوم والتي أصبحت مقترنة باسم العصر(عصر التكنولوجيا) أدى إلى إحداث تغيرات لم يسبق لها مثيلا في أسلوب الحياة بالعمق والشمول والسرعة.

لقد أدى التطور الحاصل في مجال التكنولوجيا وقطاع الاتصالات إلى التغيير في المبادئ الراسخة في الفكر القانوني خاصة أدلة الإثبات التي تقوم على وسط مادي ملموس وصاحب هذا التطور أنماطا وأشكالا متعددة للوسائل التي يتم من خلالها إبرام التصرفات القانونية، فبينما كانت هذه التصرفات تنشأ عن طريق الكتابة التقليدية، وتوقع بواسطة أحد أشكال التوقيع التقليدي على دعامة مادية أصبحت الآن تنشأ بتقنيات بغاية الدقة والإتقان، وهي الكتابة الالكترونية وتوقع إلكترونيا على دعامة غير مادية، وقد أسهم التزاوج الشهير الذي تم بين أنظمة الحاسوب (الحاسب الآلي الذي تربع على عرش الأجهزة الالكترونية)، وبين أنظمة الاتصالات الذي نشأ عنه ما يسمى "الانترنت" إلى إحداث نقلة نوعية وتحول عميق في حياة البشرية.

هذه التقنيات الحديثة أصبحت نافذة الإنسان على عالمه الخارجي مما زاد في استخدام التقنيات التكنولوجية في إبرام التصرفات القانونية دون تنقل وفي بيئة افتراضية وذلك بواسطة الكتابة الالكترونية أو الرقمية حيث أصبحت المحررات تدون على وسائط أو دعائم الكترونية، وذلك عن طريق إدخال المعلومات بطريقة رقمية وتخزينها لبيانات إلكترونية في جهاز الحاسب الآلي نفسه أو على أقراص (CD) أو أقراص مدمجة بذاكرة (CD ROMS) وعملية التخزين قد تكون بصورة دائمة أو لفترة ومنه يمكن لأصحاب الشأن الرجوع إلى ما تم كتابته وقراءته بشكل واضح.

ونظرا لأهمية هذه العناصر في إبرام التصرفات التي تتم بواسطة الوسائط الحديثة خاصة تلك التي تتم عن طريق شبكة الانترنت وتشجيعا للتجارة الالكترونية فقد تضافرت الجهود على الصعيد الدولي والإقليمي والوطني وانكبت على إصدار تشريعات وأحكام قانونية تقر وتعترف بحجية هذه الأشكال المبتكرة وأعطت لها ذات الحجية المقررة للكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي وبهذه التشريعات تحقق مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحرر التقليدي والالكتروني، ومن أهم التشريعات التي صدرت في هذا الشأن :

- قانون الأونسيترال بشأن التجارة الدولية لسنة 1996 رقم 75 الصادر في:1996/10/16 .
- قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 الصادر في:2001/01/10 .
- التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 1999 الصادر في :1999/12/13.
- التوجيه الأوربي للتجارة الالكترونية لسنة 2000 الصادر في:2000/06/07.
- القانون المدني الجزائري رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

- القانون الجزائري رقم:04/15 الصادر في:2015/02/01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين المنشور بالجريدة الرسمية رقم: 06 لسنة 2015.
- قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001.
- قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 الصادر في 2000/08/09.
- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 02 لسنة 2002.
- القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

إن الاهتمام بالتوقيع الالكتروني على الصعيد الدولي والإقليمي والوطني دليلا على أهميته في الحياة الاقتصادية العالمية بما في ذلك تأثر حركة التشريع في الدول العربية التي لم تأخذ حظها الكامل في التعرف على الطبيعة القانونية للتوقيع الالكتروني مثل المشرع الجزائري الذي أصدر قانونا خاصا ينظم القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، وكان ذلك متأخرا مقارنة بالدول العربية خاصة وأن الذي يتعامل مع التوقيع الالكتروني يجد نفسه أمام ظاهرة تقنية إنسانية جديرة بالتنظيم.

عندما نتحدث عن التوقيع الالكتروني ، فإننا نعني بذلك الحالة الرقمية التي يتم فيها استخدام البيانات لأجل التأكيد على حدوث اتفاق (عقد أو تصرف) من نوع ما، هذه الحالة لا تأخذ شكل التعبير عن الإرادة فقط وإنما أيضا إثبات مصداقية قيام شخص بالموافقة على هذا الاتفاق وإبداء رغبة في إتمامه مع وجوب التمييز بين التوقيع الالكتروني الذي له نظامه القانوني المستقل وبين النظام القانوني للأمن وحماية التوقيع الالكتروني كما هو الشأن في استخدام التشفير ونظام اعتماد التوقيع الالكتروني فحماية التوقيع الالكتروني ليست عنصر من التوقيع الالكتروني رغم لزوم وجود الحماية للتوقيع الالكتروني للاعتراف به.

فما يحدث في إطار التوقيع الإلكتروني أن الحماية المقررة ليست حماية لاحقة وإنما تتخذ شكل تدبير رقمي سابق وهذا مؤداه أن النظام القانوني يربط بين التوقيع الالكتروني وبين المحافظة عليه تحقيقا لمصداقية صاحبه في التعامل مع الغير فقط .

إن عصر المعلومات وفر إمكانية كبيرة في إنشاء الالتزامات والحقوق بطريقة الكترونية غير مادية، إذ صاحب هذا العصر اختفاء المرتكز الورقي وصعوبة إتمام شكلية التوقيع بخط اليد، هذا الأمر أدى إلى طرح العديد من التساؤلات حول حجية (المستند الموقع إلكترونيا)، غير أن الواقع العملي تجاوز فكرة التوقيع التقليدي، وأصبح للتوقيع الالكتروني حجيته في الإثبات، لأن التوقيع الالكتروني الناتج عن اتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معروفة مسبقا، ويكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل الحديث للتوقيع بمفهومه التقليدي، والذي يطلق عليه البعض بأنه توقيع إجرائي خاصة وأن الدول قد تدخلت وعدلت في تشريعاتها، وأصدرت قوانين منظمة للتوقيع الالكتروني والاعتراف به كدليل إثبات في جميع العقود والمعاملات المدنية والتجارية .

وحتى على المستوى الإداري فقد اتجهت الجهات الإدارية إلى استخدام التوقيع الالكتروني لحماية معاملاتها، التي تتم بطريق الحاسب الآلي والانترنت، وذلك في إطار تحولها إلى ما يسمى بالحكومة الالكترونية سواء كانت الإدارة في القطاع العام أو الخاص، حيث أنه وعلى الرغم من وجود نصوص قانونية منظمة للتوقيع الالكتروني والتجارة الالكترونية، إلا أن مسألة إبرام تصرف قانوني بشكل الكتروني مازال مهزوزا أو في مراحله الأولى، ونظرا لأهمية التوقيع الالكتروني وضرورته في المعاملات والعقود التي تصبغ بالطابع الالكتروني يتعين البحث من خلال هذه الأطروحة في حجية التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري لأنه أخذ بمبدأ التكافؤ بينه وبين التوقيع التقليدي.

أهميـة البـحث ومبرراتـــه

لقد شهد العالم المعاصر تطورا مذهلا في مجالات متعددة وكثيرة، ويبقى التطور الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة أهم مميزاته، بحيث تلاحقت التطورات التكنولوجية في هذا الميدان بشكل متسارع، والحاسب الآلي يشكل وحده ثورة حقيقية في ميدان المعلوماتية، هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن استثمار وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، أخذت بعدا آخرا بفضل ما أظهر عنه هذا الجهاز من فعالية وقوة في تبادل المعلومات المخزنة فيه، حيث أجج رغبة الجميع إدارات وأفراد ومؤسسات وشركات للاستفادة من خدماته واستثمار الإمكانيات التي يتيحها، حيث وجدت فيه الإدارة وسيلة فعالة وسريعة لتصريف خدماتها قصد القضاء على البطء الإداري.

كما رأت الشركات في وسائل الاتصال الحديثة (الانترنت) وسيلة فعالة لترويج بضائعها وخدماتها على الصعيد العالمي بعيدا عن العراقيل الجمركية والحدود الجغرافية مما يخولها الوصول إلى أسواق جديدة لم تكن متاحة وبأقل تكلفة، الأمر الذي يشجعها على التنافس على المستوى العالمي، مما أدى إلى نمو التجارة الالكترونية وازدهارها.

ونظرا لهذه الأهمية يأتي بحثنا هذا ليسلط الضوء على الأهمية القانونية للتوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات خاصة أمام ظهور تقنيات حديثة، وبأشكال مختلفة يمكن استعمالها في إبرام التصرفات القانونية وواقع هذا الأمر حتم ضرورة إيجاد وسيلة تعترف لهذه التصرفات القانونية بقوة ثبوتية، وجعلها من الأدلة المقبولة أمام القضاء خاصة مع تعذر استخدام التوقيع التقليدي في مثل هذه المعاملات، لذلك بحث المتخصصون عن وسيلة بديلة أخرى تقوم بهذه المهمة، أي مهمة التوقيع التقليدي على أن تحقق ذات الوظائف، وتم الاهتداء إلى وسيلة الكترونية لها خصائصها المميزة ويمكنها أن تؤدي وظائف التوقيع التقليدي وسميت بالتوقيع الالكتروني.

وأهمية التوقيع الالكتروني تكمن في أنه عماد الدليل الالكتروني فارضا ذاته من خلال أن الأدلة التي يمكن الاعتماد عليها لإثبات وجود المعاملة الالكترونية ومضمونها تتمثل في أدلة الكترونية تحمل توقيعا الكترونيا، وقد جاء موضوع الأطروحة الموسوم بـ : "حجية التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري"، ليتناول جانبا من إحدى المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، ألا وهي مشكلة إثبات المعاملات التي تتم بوسائط إلكترونية، هذا الأخير يعد موضوعا جديدا أملته التحولات الهائلة والانتقال في أسلوب التعاقد من الأسلوب المادي إلى الأسلوب الالكتروني.

لذلك فإن هذا موضوع له أهمية علمية كبيرة في الجانب النظري والعملي، لأن اللجوء إلى المعاملات الالكترونية أضحى ضرورة لا خيار فيها، وفي المستقبل قد لا نجد التاجر أو الشركة من يقبل التعامل خارج إطار التعامل الالكتروني، ولهذا فإن ما يجري اليوم من تطور تشريعي غايته الوصول إلى ما يسمى بالحكومة الإلكترونية، يتطلب في المقابل من رجال القانون أن يقدموا الحلول والمعالجات للمشكلات القانونية التي أفرزتها ثورة المعلومات، واستخدام الحاسب وشبكة الانترنت في إجراء المعاملات.

خاصة وأن هناك فراغا تشريعيا كان قائما فيما يتعلق بتنظيم الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، وارتباط هذا التنظيم بجوانب فنية تعطي الأساس النظري للتوقيع الإلكتروني، كما تكمن أهمية الموضوع كذلك فيما يقدمه من إضافة لرجال القانون والقضاء المنوط بهم فض النزاعات المتعلقة بالتعاقد الالكتروني سواء من حيث المنازعة في أصل العملية (العقد) أو من حيث إثبات الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد وسوف يتم التطرق في هذه الأطروحة إلى مجالات التوقيع الالكتروني مع استعراض كافة المشكلات والقضايا القانونية التي ينظر إليها من زاوية عقبات استخدام التوقيع الالكتروني.

الإشكاليـــــــة الرئيســـــة

الإشكالية الرئيسة التي يتم معالجتها من خلال هذه الأطروحة تكمن في :

هل تغيّر وسيلة التعاقد يقتضي بالضرورة إيجاد تنظيم قانوني جديد لها ؟ وهل قواعد الإثبات التقليدية التي سنت في ظل تعاقد يتم بالشكل المادي المحسوس لم تعد صالحة لإعطاء الحجيـة القانونية للمعاملات والتصرفات التي تتم بوسائط غير مادية أو الكترونية ؟ وما مدى حجية التوقيع الالكتروني في إثبات التصرفات القانونية وفي إثبات الالتزامات المترتبة عنها وسلطة القاضي في تقدير هذا الدليل وحق المحتج ضده بالتوقيع الالكتروني في تفنيده؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية تساهم الإجابة عنها في تحليل عناصر الموضوع واستيفاء جميع جزئياته وجوانبه، وتتمثل في :

- هل يقتضي الأمر وجود جهة أو مؤسسة معتمدة يعهد إليها توثيق التوقيع ؟ وما مدى مسؤوليتها في حالة استعمال التوقيع على نحو مخالف للقانون ؟

- وما هي الضمانات القانونية للاعتراف بحجية التوقيع الذي يتم إلكترونيا ؟

المنهج المعتمد في الدراسة

للإجابة عن إشكالية البحث يجب إتباع خطوات البحث العلمي القائمة على توظيف مناهج البحث، والتي يتم اختيارها على أساس الأهداف الموضوعية للبحث وطبيعة الموضوع والهدف المرجو منه، كما أن الظواهر الاجتماعية بصفة عامة والقانونية بصفة خاصة شائكة ومركبة، متعددة الأبعاد والمتغيرات، وعليه من الصعب دراستها من خلال منهج واحد، بل يتطلب عدد من المناهج، كل واحد منها يكمل الآخر.

ومن أجل أن تكون الدراسة شاملة ووافية قدر المستطاع لحداثة التشريع الجزائري المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين الصادر بموجب القانون رقم 04/15: المؤرخ في:2015/02/01 وتعلقه بجوانب علمية وفنية تم اعتماد على المناهج التالية:

المنهج الوصفي، وذلك من خلال تحديد أبعاد التوقيع الالكتروني ومظاهره من خلال جمع المعطيات والمعلومات المتعلقة به على المستويين الوطني والدولي، ثم تحليلها وتفسيرها وصولا إًلى استخلاص النتائج ، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وهذا من خلال استقراء وتحليل مختلف الوثائق والنصوص القانونية الناظمة للتوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات ، كما تمت الاستعانة بالمنهج المقارن في معرض الإشارة إلى تنظيم التوقيع والتصديق الالكترونيين في تشريعات بعض الدول لاسيما فرنسا ، تونس ، إمارة دبي والأردن ومصر، ونهدف من خلال ذلك إلى بيان مواطن الاتفاق ونقاط الاختلاف مع التشريع الجزائري .

صعوبات الدراسة

لا شك أن أي دراسة علمية تخصصية تواجه قدرا من الصعوبات والمعوقات تتفاوت وطبيعة موضوع البحث وأهميته، وما على الباحث إلا أن يحاول قدر جهده مواجهتها قصد تذليلها والسيطرة عليها وتجاوزها لغرض نجاح بحثه بصورة علمية ، ومن الصعوبات التي واجهتنا طوال مراحل إعداد وتحضير هذه الدراسة، قلة الدراسات المتخصصة في هذا المجال – على حسب اطلاعنا – وذلك لحداثة الموضوع في النظام القانوني الجزائري الصادر سنة 2015 ، وكذلك يمكن القول أن ارتباط موضوع الدراسة بالعديد من المفاهيم والفروع العلمية الأخرى أوجب على الباحث اختيار العناصر والمفاهيم الملائمة للسياق العام للدراسة حسب تدرج منهجي .

خطة الدراسة :

بناء على ما سبق وللإجابة على إشكالية الموضوع ومراعاة منا لجانب التوازن المنهجي وحفاظا على التسلسل المنطقي في عرض وتحليل الأفكار وتقديمها، تم تقسيم

الدراسة إلى بابين ، كل باب يتضمن فصلين وكل فصل اشتمل على مبحثين، إلى جانب مقدمة والخاتمة والتوصيات، على الشكل التالي:

الباب الأول : موسوم بالنظام القانوني للتوقيع الالكتروني تضمن فصلين عالج الفصل الأول : التوقيع في مفهومه التقليدي والالكتروني ، ومن خلاله تم البحث في عنصرين، الأول تم التطرق إليه في المبحث الأول بعنوان التوقيع في شكله التقليدي ، أما العنصر الثاني فتضمنه المبحث الثاني الموسوم بالتوقيع الالكتروني (التوقيع في الشكل الالكتروني أما الفصل الثاني فتضمن تقنيات التوقيع الالكتروني ، هذا الأخير تم تقسيمه إلى مبحثين عالج الأول : تطبيقات التوقيع الالكتروني ، والثاني تناول الجهات المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكترونية .

أما الباب الثاني فعالج القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني ، وتضمن بدوره فصلين تناول الأول تنظيم الإثبات الالكتروني ، حيث تم تقسيمه إلى مبحثين تضمن الأول حجية عناصر دليل الإثبات الالكتروني ، أما المبحث الثاني فخصص لدراسة حجية المحررات الالكترونية في الإثبات ، أما الفصل الثاني فتم التطرق فيه إلى حجية التوقيع الالكتروني في ظل القواعد العامة للإثبات ، تناول المبحث الأول سلطة الأطراف في تنظيم حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات ، أما المبحث الثاني فعالج الاستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع الالكتروني في الإثبات.

وفي الأخير، توصلت الدراسة إلى خلاصة عامة وأهم النتائج العلمية المستخلصة من البحث، وكذا عرض أهم التوصيات التي تم الخروج بها، وإتاحتها للمعنيين بالموضوع كما يمكن أن تشكل نواة لدراسات جديدة لاحقة في مجال الإثبات الالكتروني .

الباب الأول

النظام القانوني للتوقيع الالكتروني

من الناحية القانونية الكتابة لا تعد دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة في صورة أو شكل إمضاء أو ختم أو بصمة، فالتوقيع إذن هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات، والقانون قد ذهب أبعد من ذلك واعتبر التوقيع شرطا لصحة العقود الرسمية، وهذا ما جاءت به أحكام المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري بقولها: << توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء>> كما نص القانون المدني الجزائري في أحكام المادة 327 منه: <<يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه >>.

كما نصت الفقرة الأخيرة من ذات المادة على أنه يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1، ونظرا لاتساع رقعة التعامل بالحاسب الآلي والاعتماد عليه في كافة مناحي الحياة أفرز هذا الواقع طرق ووسائل حديثة في التعامل لا تتفق ونظرية التوقيع العادي التقليدي، وكان لنظم المعالجة الالكترونية للمعلومات دورا هاما في إيجاد بديل للتوقيع العادي وظهر ما يسمى بالتوقيع الالكتروني، ومنه بدأ الاعتماد عليه نظرا لأهميته القصوى في كافة المعاملات القانونية المدنية منها والتجارية والإدارية، واعتمد عليه بشكل واسع في عقود التجارة الدولية عبر الانترنت أو ما يطلق عليها بعقود التجارة الالكترونية.

سيتم في هذا الباب معالجة التوقيع الالكتروني من خلال التطرق للتأصيل القانوني له وذلك من أجل بيان التنظيم القانوني للتوقيع في التشريعات باعتباره أداة لتوثيق المعاملات التي تقوم بين الأطراف المتعاقدة (الأفراد) في شكل مادي ،ومن ثمة إبراز أثر التطورات التكنولوجية على التوقيع العادي والتي تمخض عنها ما أصبح يعرف بالتوقيع الالكتروني وقد تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين: الفصل الأول يتناول التوقيع في مفهومه التقليدي والالكتروني وهذا الفصل بدوره قسم إلى مبحثين المبحث الأول: يتناول ماهية التوقيع التقليدي ومن خلاله تم تعريف التوقيع العادي وتحديد أشكاله ووظائفه وفي المبحث

الثاني: عالجنا التوقيع في شكله الالكتروني وذلك من خلال تعريفه وتحديد أشكاله ومدى قيام التوقيع الالكتروني بوظائف التوقيع العادي أو التقليدي.

أما في الفصل الثاني: فقد تم تخصيصه إلى تقنيات التوقيع الالكتروني وبدوره قسم إلى مبحثين: المبحث الأول تم التطرق فيه إلى تطبيقات التوقيع الالكتروني من خلال البحث في تطبيقات التوقيع الالكتروني في بطاقات الدفع الالكترونية والتوقيع في الأنظمة الحديثة للدفع الالكتروني أما المبحث الثاني فتناولنا فيه الجهات المختصة بإصدار شهادة التصديق الإلكترونية. مع العمل على إبراز النظام القانوني لمقدمو خدمات المصادقة الالكترونية (الجهات المختصة بإصدار شهادات التصديق وواجبات مقدمو خدمات المصادقة والمسؤولية الواقعة على عاتقهم).

الفصـــــل الأول

التوقيـع في مفهومـــه التقلـــيدي والالكتـــروني

التوقيع هو أداة يستعملها الشخص للتعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون التصرف القانوني هذه الأداة أو الوسيلة تطورت مع تقدم الحضارات.

ففي العصور الرومانية كان يستخدم الشمع على شكل ختم لتوثيق المراسيم التي كانت تصدر باسم الملك وتطورت وسيلة التوقيع مع استخدام ورق (الكولان) في القرون الوسطى وأخذ التوقيع العادي في التطور إلى غاية القرن الرابع عشر أين تم اعتماده بصورة قانونية.

غير أن التطور لم يتوقف عند التوقيع العادي التقليدي فقد نتج عن الثورة المعلوماتية بروز وسائل الكترونية متعددة كان لها الأثر في تحول طبيعة الأدلة المستند عليها لإثبات العقود ، بحيث حلت الدعامات الالكترونية محل المحررات الورقية وحل التوقيع الالكتروني محل التوقيع العادي ، ولمعرفة ماهية التوقيع في شكليه التقليدي والالكتروني والصور التي يتخذها والوظائف التي يقوم بها فقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: يعنى بدراسة التوقيع في صورته التقليدية (التوقيع التقليدي)

المبحث الثاني: يعنى بدراسة التوقيع في صورته الالكترونية (التوقيع الالكتروني).

المبحـــث الأول

التوقيع في شكله التقليدي (التوقيع العادي)

التوقيع ظاهرة اجتماعية يحميها القانون ومع ذلك فلا تزال هذه الظاهرة يكتنفها الغموض في بعض جوانبها السبب في ذلك يرجع إلى غياب فكرة واضحة ومحددة للتوقيع تشريعيا وقضائيا وفقهيا ، فالمشرع الجزائري لم يعرف التوقيع والمقصود به، والفقه اكتفى بتحديد عناصر التوقيع دون وضع تصور عام لفكرة التوقيع.

ومصطلح التوقيع يستعمل بمعنيين أولهما فعل أو عملية التوقيع ذاتها، أي واقعة وضع التوقيع على مستند يتضمن معلومات معينة أو علامة أو إشارة تسمح بتمييز الموقع والمعنى الثاني هو التوقيع في نظام الإثبات، وهو علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأية وسيلة على مستند لإقراره.

والتوقيع عنصر ضروري لحجية الدليل الكتابي المعد للإثبات – رسميا كان أو عرفيا– لأن القانون لم يتطلب التوقيع عبثا ،وإنما لاعتباره عنصرا لازما لقوة الدليل الكتابي في الإثبات.

والتوقيع ليس عنصرا من عناصر الدليل الكتابي ، بل هو دليل معد مسبقا على الحضور الجبري لأطراف التصرف وتعبير عن إدارة الموقع في الالتزام بمضمون السند وإقراره له.

والكتابة يلجأ إليها الأفراد لتثبيت ما ينشأ لهم من حقوق وما عليهم من التزامات عند اللجوء إلى القضاء وعادة ما تكون الكتابة في شكل محررات عرفية أو محررات رسمية هذه الأخيرة يثبت فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته وهذا ما جاءت به المادة 324 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول

ماهية التوقيع التقليدي وأشكاله

جعل المشرع من التوقيع شرطا جوهريا لا غنى عنه من الناحية القانونية لصحة الدليل الكتابي المعد للإثبات، سواء كان ورقة رسمية أو عرفية، ويعد التوقيع الشرط الأساسي لصحة الورقة العرفية المعدة للإثبات ،باعتبار أن المحرر يتضمن كتابة تثبت ما تم الاتفاق عليه، أما بالنسبة للورقة الرسمية فإنه يشترط بالإضافة إلى التوقيع عليها أن تصدر عن موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة وفي حال تخلف التوقيع بفقد المحرر المكتوب الشرط الجوهري في شأن اعتباره دليلا كتابيا في الإثبات.[1]

وللبحث في ماهية التوقيع التقليدي وأشكاله قسمنا هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : تعريف التوقيع التقليدي العادي.

الفرع الثاني : أشكال التوقيع العادي (التقليدي).

الفرع الأول

تعريف التوقيع التقليدي (العادي)

المشرع لم يضع تعريفا قانونيا للتوقيع بوجه عام الأمر الذي يتطلب منا تبيان المقصود بالتوقيع، وتوضيح عناصره وأشكاله.

فالتوقيع لغة: مشتق من الفعل الثلاثي وقّع، والتوقيع ما يوقع في الكتاب وهو إلحاق شيء فيه بعد الفراغ منه، وتوقيع الموقع في الكتاب فيه ما يؤكده ويوجبه[2].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات، آثار الالتزام مجلد2، منشورات دار إحياء التراث العربي، بيروت طبعة 1973، ص – ص ، 106-114.

[2] لسان العرب، لابن منظور، الجزء السادس، مطبعة مصر الحديثة، ص 475.

يعتبر التوقيع الشرط الجوهري الوحيد لصحة المحرر العرفي المعد للإثبات فهو الذي يسمح بنسبة الكتابة إلى موقعها ولو كانت بخط غيره، وهو الذي يعكس إرادة الشخص في الالتزام بمضمون الوثيقة، لذلك تظهر أهمية التوقيع في أنه يضفي على الدليل قيمته الإثباتية، بحيث أن الورقة بدون توقيع لا تعدو أن تكون سوى مشروعا يحتمل اعتماده كما يحتمل التخلي عنه، خاصة وأن الكتابة بذاتها ولو كانت بخط صاحبها لا تلزمه في شيء ولا تصلح في أحسن الأحوال إلا كبداية دليل، يتعين البحث عن دليل أو قرائن قانونية تدعمه ،لذلك صح القول بأن الورقة العرفية لا تكتسب حجيتها الكاملة في الإثبات إلا للتوقيع عليها من الشخص الذي يحتج بها عليه[1].

والتوقيع قد يقصد به وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة، كما يقصد به العلامة أو الإشارة المميزة لشخص الموقع والتي تسمح بتحديد هويته[2].

والتوقيع بالمفهوم الأخير هو المقصود بالتوقيع في نطاق الإثبات وهو الذي ركزت التشريعات المقارنة عند تحديدها لمعالم هذه المؤسسة القانونية.

فقد عرفه المشرع الكيبكي في المادة 2877 بأن: <<التوقيع يتمثل في قيام شخص بوضع اسمه أو أية علامة أو إشارة تميزه شخصيا ويستعملها بصورة معتادة على محرر يقصد به التعبير عن رضائه[3]>>.

وقد تبنى القضاء هذا المفهوم فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية التوقيع بأنه: <<العلامة التي يجب ألا تترك أي شك حول هوية صاحب العقد ولا حول إرادته في الالتزام

---

[1] إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات-الكتابة-القرائن-الإقرار-اليمين، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1990، ص 85.

[2] Herve croze : << Informatique, preuve et sécurité Dalloz 1987, N°24 chronique XXXI, p169.

[3] المادة 2827 من القانون المدني لكيبك

<<la signature consiste dans l'oppisitions qu' une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement >>

بمقتضيات هذا الأخير>>[1]، ويتميز هذا التعريف بتركيزه على الهدف من التوقيع باعتبار أن مناط هذه المؤسسة القانونية القيام بالدور الأول: التعريف بهوية الموقع والدور الثاني إبراز إرادته في الالتزام.

وهناك قرار آخر صادر عن محكمة باريس حدد التوقيع الصحيح في <<كل علامة مميزة شخصية وخطية تسمح بتفريد شخص الموقع بدون أي شك وتعكس الإرادة الواضحة بهذا الأخير في إبرام التصرف>>[2]، غير أنه ورغم كثرة التعريفات القضائية والتشريعية التي أعطيت للتوقيع بغرض تحديد مفهومه ووظائفه ،إلا أنها تعريفات ناقصة لاكتفائها بذكر عناصر التوقيع.

أما الفقه فقد تصدى لهذا الأمر ووضع تعريفا للتوقيع فقد عرفها البعض بأنه: <<التأشير أو وضع العلامة على السند أو بصمة إبهام للتعبير عن القبول بما ورد فيه>>، وعرفه البعض الآخر بأنه: <<كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة وشخصية تساعد على تحديد ذاتية مؤلفها بدون لبس وتعبر عن إرادته في قبول التصرف>>.

وهناك من عرف التوقيع بأنه: <<علامة محفوظة مختصة في شخص اعتاد أن يستعملها للدلالة عن رضاه>>[3]، ويشترط في كل توقيع يستخدم في توثيق المحررات ركنين أساسين:

أولا– الركن المادي:

الركن المادي للتوقيع التقليدي يستند إلى خصائص ثلاث ،الأولى وهي خاصية تركيبة التوقيع هذه الأخيرة لم تحددها القوانين والتشريعات بصورة دقيقة والشائع أن التوقيع يتألف من اسم الموقع ولقبه، أو أية علامة أخرى تميزه عن غيره، فكل شخص حر في اختيار رسم توقيعه باستثناء بعض الرسومات التي قد لا تعبر عن هوية الشخص الموقع، ومع

[1] Didier lamethe : Réflexions sur la signature, Gaz- pal 24janvier 1976 (1er sem) page:74 Cass civ 1-5 oct; 1959 jcp 5911.11.323 note voirin.

[2] Arrêt de 22 mai 1975. D 1976 .Somm8.

[3] القاضي الحجار، وسيم شفيق، الإثبات الإلكتروني المنشورات الحقوقية صادر بيروت لبنان، طبعة 2002، ص133.

التطور الحاصل في المعلوماتية ظهرت أشكال جديدة للتوقيع أكثر حداثة ومسايرة لطبيعة التعاقدات الجديدة (التعاقد الالكتروني) التي تتم على وسائط إلكترونية.

هذه الطريقة في التعاقد لا تظهر الإرادة فيها بشكل واضح وبيّن كما في التعاقدات التقليدية بسبب عدم حضور الأطراف في مجلس عقد واحد أي وجها لوجه، ومنه فإن التوقيع بالشكل الحديث الالكتروني يجري استخدامه لتحديد هوية الموقع وليس بغرض التوقيع.

أما الخاصية الثانية في الركن المادي للتوقيع فهي خاصية التعبير الخطي وهي علامة دالة عن السمة الشخصية للموقع وتقبل هذه العلامة حتى وان كانت غير مقروءة متى دأب الموقع على استعمالها.

الخاصية الثالثة للركن المادي للتوقيع هي طريق التوقيع في حد ذاته فقد يكون التوقيع مخطوط باليد، أو بالإشارة، وأن القوانين المتعلقة بالإثبات اعترفت بالتوقيع المخطوط باليد كما اعترفت بالتوقيع بالإشارة الذي يستعان بالغير أو الآلة لإتمامه فإنه يمكن التسليم بحجيته بشرط أن لا تبلغ الاستعانة درجة الاستبدال أو الحلول التام، ويشترط فيه أن يبقى عنصرا شخصيا لسيقا بالموقع كما هو الحال في أجهزة الصراف الآلي (البطاقة + الرقم السري) حيث لا يتم التوقيع بخط اليد.

ثانيا– الركن المعنوي:

ويعني هذا الركن أن تكون لدى الموقع نية وإرادة التوقيع بغرض إبرام التصرف أو التعاقد ويستدل على نية التوقيع من خلال استقراء الأسلوب الذي اعتاد صاحب التوقيع عليه ومراعاة العادات والأعراف المهنية، كما يستدل كذلك على نية التوقيع من مكان وضع التوقيع لأن المكان المألوف والمعتاد في التوقيع على المستند أو المحرر يكون دائما في نهايته.

كما تتبين نية التوقيع كذلك من خلال وقت وضع التوقيع على المحرر لأن المعتاد فيه أن يكون بعد إجراءات تدوين وتوثيق التصرف، فالتوقيع دليل على إقرار الموقع بصحة ما وقع عليه والالتزام بمضمونه، علما أن التوقيع على بياض يكون صحيحا لأن في ذلك تخويل للطرف الآخر تدوين البيانات، ومضمون نية التوقيع تكمن في الرابطة الذهنية القائمة والمباشرة بين التصرف والتوقيع.[1]

الفـــرع الثاني:

أشكال التوقيع العادي (التقليدي)

يتخذ التوقيع أشكالا متعددة للتعبير عن الإرادة ومن بين هذه الأشكال الإمضاء الخطي وبصمة الإصبع والختم، فهذه الأشكال جاءت مسايرة لتطور المجتمعات واعتراف القوانين بها، وهناك من التوقيعات التي لا تعبر عن إرادة صاحبها وهو ما يعرف بالتوقيع البيولوجي فتوقيع المجرم على مسرح الجريمة من خلال ترك بصماته، أو شعره أو دمه لا يعبر هنا عن إرادته.

والتشريع الجزائري قد أخذ بالتوقيع الخطي وكذلك بالتوقيع عن طريق البصمة وهذا ما جاءت به المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري، ويرجع النص على هذين النوعين من التوقيع في التشريعات العربية ،لأنهما الأكثر شيوعا من جهة ومن جهة أخرى انتشار الأمية في المجتمعات العربية[2].

وكما هو واضح فان التوقيع بالإمضاء أو بالختم أو البصمة يضفي الحجية على الأوراق العرفية والقانون لا يشترط في التوقيع بجميع أشكاله المذكورة أن يتضمن اسم ولقب الموقع ، كما لا يشترط أيضا أن يكون الاسم واللقب الموقع بهما هما المثبتين في شهادة

[1] Martin (s), Tessalonikos(A) la signature électronique premières refixions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et de la loi du 13 mars 2000, gas. pal. Mercredi 19, jeudi 20 juillet 2000, p 4,5.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص177.

الميلاد بل يعني أن يكون الاسم أو اللقب الذي اشتهر بهما أو الذي اعتاد التوقيع بهما وهذا التأكيد على أن التوقيع صادر عن صاحبه[1]، كما لا يلزم أن يكون التوقيع مقروءا وكاشفا عن اسم صاحبه مادام لم ينكر توقيعه ونسبته إليه.

وعلى الرغم من أن التشريعات لم تتضمن تحديد شكل التوقيع ،إلا أنه يتعين أن يقدم الضمانات الكافية للطرف الآخر لأن التوقيع يحدد شخصية من يصدره ويميزه عن غيره. كما يجب أيضا أن يقع التوقيع بأداة أو وسيلة تدع أثرا مميزا ولا يزول كأن يستخدم المداد السائل أو الجاف وهذا لمنع التلاعب بالتوقيع وضياع الحقوق.

أولا- التوقيع الخطي أو التوقيع بخط اليد:

يعد الإمضاء الخطي الوسيلة الأكثر انتشارا و استعمالا بين الأفراد للتوقيع، هذا التوقيع أقرت به كافة التشريعات كوسيلة للتعبير عن الإرادة وتحديد هوية الموقع، فقد اعترف به التشريع الجزائري في المادة 327 قانون مدني بقولها <<يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه....>>

أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة وأنكر صدورها منه زالت حجيتها مؤقتا وتعين على من يتمسك بها أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع، وذلك عن طريق طلب إجراء تحقيق ومضاهاة الخطوط والتوقيع فإذا ثبت من التحقيق صدورها ممن وقعها اعتبرت حجة.

وهذا الاتجاه سايره قضاء المحكمة العليا في العديد من القرارات والمشرع يقصد من وراء التوقيع بخط اليد أن يتم كتابة ما تجدر الإشارة إليه هو أن التوقيع بالإمضاء توقيعا شخصيا، بمعنى أنه لا يجوز للغير التوقيع بالإمضاء عن شخص آخر فهذا الشكل

[1] فرج توفيق حسن، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية تنقيح عصام توفيق حسن فرج منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، طبعة 303، صفحة 103.

يشترط أن يكون بخط من ينسب إليه المحرر[1]، وفي حالة ما إذا كان الموقع بالإمضاء وكيلا عن صاحب الشأن فالوكيل يوقع باسمه بصفته وكيلا عن صاحب الشأن[2].

ثانيا- التوقيع بواسطة بصمة الأصبع

يشكل الإمضاء بواسطة بصمة الإصبع طريقة للتوقيع على المحررات حيث يحدد هوية الموقع بشكل قطعي ويمكن من التعبير عن إرادة الموقع ،غير أن هذه الطريقة لم تحظ بالإجماع على اعتبارها وسيلة مترجمة للإرادة ،وقد ظهر فريقان الأول رافض للاعتراف ببصمة الأصبع كوسيلة للتوقيع ،والثاني يعترف بها ويجد أنها وسيلة ناجحة للتوقيع.

1-الاتجاه الرافض للاعتراف ببصمة الأصبع كتوقيع ملزم: هذا الاتجاه تبناه القضاء الفرنسي ،نظرا لعدم وجود نص تشريعي يعالج بصمة الأصبع كوسيلة للتوقيع وجاء هذا الموقف متبنيا لرأي الفقه في فرنسا الرافض للاعتراف ببصمة الإصبع كوسيلة من وسائل التوقيع ،وحجته في ذلك أنها سهلة التحريف كما لأي شخص أن يوقع من دون أن يطلع عن محتوى السند أو مضمون العقد لا سيما وأن التوقيع بالبصمة يتم من طرف الأميين.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه ،حيث جاء بقرارها <<لا يمكن معرفة التوقيع بواسطة بصمة الأصبع الذي يتركه شخص على وثيقة ما، لسهولة تحريفه بحيث يمكن أن يستخدم كدليل ضد الموقع فيما بعد>> [3]

وقد سار القضاء المغربي على درب القضاء الفرنسي ورفض الاعتراف بالتوقيع بالبصمة وهذا ما قضى به المجلس الأعلى بموجب القرار عدد 534 الصادر في 10 يونيو 1980 بأنه <<وضع البصمة لا يشكل توقيعه يلزم صاحبه وتكون المحكمة على صواب كما استبعدت العقد الذي يحملها>> كما جاء كذلك في القرار رقم 1786 بتاريخ

[1] مرقص سليمان، وصول الإثبات في المواد المدنية المطبعة العالمية القاهرة، الطبعة الثانية، ص 74.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص178.

[3] نوري حمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص في القانون الأردني والفرنسي، دراسة مقارنة، المجلد الثالث العدد الثاني، لسنة 1998، ص19.

1989/03/06 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى <<بأن التوقيع بالبصمة لا يعتبر إمضاء ولا تلزم صاحبها طالما أن المشرع لم ينص عليها في معرض قواعد الإثبات>>[1].

ومنه فإنه لا يمكن تبني البصمة كأسلوب أو نوع من التوقيع ،لأنه قد توضع البصمة سهوا أو تؤخذ دون إعطاء لصاحبها المعلومات الدقيقة بمضمون الورقة أو السند الذي بصمه كما قد تؤخذ البصمة من شخص وهو في حالة مرض، أو عدم القدرة على الحركة، أو في حالة غيبوبة وتستعمل ضد مصلحته.

كما يرى أيضا الاتجاه الرافض للبصمة كوسيلة للتوقيع في الحالات السابقة لا تكون البصمة على السند كافية للتحقق والتأكد من موافقته عليه بصورة مؤكدة.

2- الاتجاه الذي يعترف بالبصمة كأداة للتوقيع

إن الاستعمار الفرنسي أثناء احتلاله للجزائر مارس عليها سياسة تجهيل وطمس الهوية مدة 132 سنة ،هذا الأمر أفرز وضعا شاذا وهو جهل الأغلبية بالكتابة والقراءة وارتفاع نسبة الأمية في مجتمعنا ،ومن أجل الحفاظ على استقرار المعاملات كان لابد على المشرع وضع أشكال من التوقيعات تمكن غير القادرين على الكتابة من استخدامها في حال اضطرارهم لإبرام أي تصرف قانوني، لذلك نص القانون المدني الجزائري في أحكام المادة 327 منه على التوقيع بواسطة البصمة هذه الأخيرة يعبّر من خلالها الباصم عن إرادته في الالتزام بمضمون التصرف كما يرى جانب من الفقه أنه مادامت البصمة لا تترك أدنى شك في تحديد هوية صاحبها فمن باب أولى أن يعترف بها كوسيلة للتوقيع.

---

[1] أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية الجزء الأول، الناشر دار المعرفة الرباط المغرب، الطبعة الأولى 1998، ص 77.

ومن المدافعين عن هذا الرأي الفقيه الفرنسي (savatier) حيث يرى أن التوقيع بالبصمة يشبه ما كان متعارف عليه في العهد الروماني بالتوقيع بالصليب خاصة وان بصمة الأصبع قد وضعت بإرادة الموقع ومنه وجب الاعتراف بها كتوقيع ملزم.

أما بالنسبة لإمكانية تحريفها فيمكن تفادي هذه المسالة عن طريق اشتراط إمضاء شخص آخر غير الموقع ببصمة أصبعه ويعتبر في هذه الحالة الموقع بالإمضاء الثاني شاهدا على أن الموقع عالما بمضمون ما وقع عليه[1].

إن التوقيع ببصمة الأصبع تبقى مخاطره أقل من التوقيع بالختم مثلا ونظرا لارتباط بصمة الأصبع بالشخص الموقع، وثبوت من الناحية العلمية استحالة التشابه بين بصمات الأفراد فان التوقيع ببصمة الأصبع يعطي ضمانات أكثر على صحة التعامل والرضا به.

ثالثا: التوقيع بواسطة الختم:

التوقيع بواسطة الختم له مخاطره لانفصاله عن الشخص وإمكانية استعماله بطريقة غير مشروعة لسهولة تقليد الختم أو تزويره أو في حالة ضياعه أو سرقته.

والختم الذي يستعمل كوسيلة للتوقيع يشترط أن يكون في شكل معينا غالبا ما يكون مصنوع من مادة مطاطية متصلة بقطعة خشب أو قطعة بلاستيكية تحمل اسم ولقب صاحبه ومهنته أو نشاطه وعنوانه. مع الملاحظة أن التشريعات التي اعتمدت الختم كشكل للتوقيع لم تحدد شكله وتركت الحرية للأفراد في تحديده حسب ما هو متعارف عليه ومن التشريعات العربية التي أخذت وتبنت التوقيع بالختم التشريع المصري والتشريع الأردني<< ويستوي أن يتم التوقيع بالختم من طرف الشخص نفسه أو أن يكلف شخصا آخرا للتوقيع عليه بالختم بشرط أن يكون برضاه وفي الحالتين يكون التوقيع وكأنه صادر

[1] نوري حمد، المرجع السابق، ص17.

عن الشخص الملتزم بالمستند (صاحب الختم) ويجوز إثبات التوقيع بالختم على المحرر بكافة طرق الإثبات>> [1].

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نلاحظ أنها لم تجمع على مسألة الأخذ بالختم كتوقيع فالمشرع الجزائري مثلا لم يأخذ به كأسلوب أو وسيلة للتوقيع ويستنتج ذلك من المادة 327 قانون مدني السابق ذكرها. كما لم يشر المشرع الفرنسي أيضا في القانون المدني إلى الختم ورفض القضاء نتيجة لذلك الاعتراف به إلا في حالات معينة حيث أوعزه إلى حكم التأشير << ومن التشريعات العربية الأخرى التي رفضت الأخذ بالختم كتوقيع ملزم التشريع العراقي حيث جاء في المادة 42 من قانون الإثبات العراقي بأنه ثانيا <<لا يعتد بالسندات التي تذيل بالأختام الشخصية>>[2].

أما بالنسبة للأوراق التجارية فقد رفضت اتفاقية جنيف الموحدة الصادرة عام 1931 للأوراق التجارية الختم كوسيلة لتوقيع الأوراق التجارية إلا أنها تركت الأمر للدول بما تراه مناسبا ولهذا السبب اعترف المشرع الفرنسي بالختم كوسيلة لتوقيع الساحب فقط على الورقة التجارية وذلك بموجب القانون رقم 380 /66 الصادر في 1966/06/16 المعدل لقانون التجارة << ويرجع السبب في تردد التشريعات في الأخذ بالختم كوسيلة للتوقيع مخافة تحريفه بسهولة، حيث يمكن استخدامه من غير صاحبه>> [3].

بناءا على ما تقدم فان التشريع الجزائري اشترط صراحة أن يقع التوقيع بخط اليد أو عن طريق بصمة الأصبع جاعلا بالتوقيع دورا مزدوجا في الإثبات فهو وسيلة لتحديد هوية الموقع ومميزا لشخص صاحبه ويعد دليلا على رضاءه للالتزام بمضمون السند الموقع عليه.

---

[1] العبودي عباس، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، الطبعة الثانية 1998، ص137-138.

[2] نوري حمد، المرجع السابق، صفحة 18-19-20.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، المجلد 2، ص 178.

بعد التطرق إلى أشكال التوقيع المعتد بها من الناحية القانونية يتبين أن هناك مسائل قانونية مشتركة بين جميع وسائل التوقيع جديرة بالتعريج عليها في النقاط التالية:

-التوقيع على المحررات بواسطة الكاربون، يرى جانب كبير من الفقه أنه ليس من الضروري أن يكون التوقيع بإمضاء مباشر على المحرر بل يجوز استخدام الكاربون في توقيع نسخ المحرر واعتبار هذه النسخ الموقعة أصلا وليست صورا من المحرر[1].

غير أن الفقه والقضاء في فرنسا ذهب عكس ذلك، واعتبر المحرر الموقع باستخدام الكاربون هو عبارة عن صورة مأخوذة عن الأصل معتبرين التوقيع ليس علامة أو إشارة تميز شخص الموقع، وإنما هو تعبير عن إرادة الموقع لمشاركته في تحرير المحرر المثبت للتصرف، وموافقته عليه، غير أن القضاء الفرنسي لم يجرد المحرر الموقع بالكاربون من كل قيمة قانونية فقد اعتبره بداية دليل في الإثبات[2].

-التوقيع على بياض إذا كان الشرط الجوهري لاكتساب المحرر قوة ثبوتية أن يكون موقعا من الشخص المنسوب إليه هذا المحرر، فالسؤال المطروح ما هي القيمة القانونية لهذا التوقيع إذا وضع على محرر قبل تدوينه؟ أو ما يسمى بالتوقيع على بياض خاصة وأن هذا النوع من التوقيع محمي جزائيا في التشريع الجزائري.

في العادة تكتب البيانات على المحرر ثم يليها توقيع الأطراف ، إلا أن هذه العادة لم ترقى إلى مرتبة القاعدة الآمرة أي أنه يمكن أن يوقع الشخص قبل كتابة البيانات، ويكون لهذا التوقيع نفس الأثر أو القيمة القانونية للتوقيع اللاحق << لأن حجية المحرر تكمن في التوقيع وليس في كتابة البيانات على أن يتم التوقيع من الموقع نفسه وبخط يده ويكون

[1] الدكتور، المري عايض راشد، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1998، ص 81.

[2] الدكتور، عيسى غسان عبد الله، رسالة دكتوراه، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة 2006، ص26.

للمحرر المكتوب بعد توقيعه ذات القوة الثبوتية المقررة للمحرر الذي أنشئ وفقا للنمط المعتاد >> [1].

وفي حالة التلاعب بالبيانات ووضع بيانات غير متفق عليها فما هي حجية هذا المحرر المحرف؟ <<في حالة إثبات هذا التلاعب وتجاوز المعهد إليه كتابة البيانات المتفق عليها أو ما فوض كتابته فإنه يحكم ببطلان المحرر ويصير في حكم العدم ولا ينتج أي أثر>>[2].

والسؤال الثاني الذي يطرح هو كيف يمكن للموقع على بياض أن يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة بشهادة الشهود أو القرائن، والقانون يشترط لإثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة وجود كتابة مناقضة.

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 180.

[2] منصور محمد حسين، قانون الإثبات وطرقه، دار المعارف الجامعية الإسكندرية، طبعة 2004، ص160.

المطلــب الثـــاني

وظائف التوقيع التقليدي

من خلال ما سبق دراسته يتضح جليا وأن التوقيع يقوم بوظيفتين أساسيتين، فهو من ناحية وسيلة تحديد هوية الموقع ومن ناحية أخرى يعبر بموجبه الموقع عن إرادته في الالتزام بمضمون الورقة الموقعة وإقراره لها، ومن خلال هاتين الوظيفتين تمنح للورقة أو المحرر القوة الثبوتية والتوقيع الذي يفقد أحد الوظيفتين لا يمكن اعتباره عنصرا من عناصر الدليل الكتابي ويفقد حجيته في الإثبات ولمعرفة متى يستجمع التوقيع عناصره أو وظيفته قسمنا هذا المطلب إلى فرعين أساسيين.

الفرع الأول : التوقيع علامة شخصية مميزة لصاحبه (تحديد هوية وشخصية الموقع).

الفرع الثاني : التوقيع تعبير عن إرادة الالتزام بالتصرف (التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون التصرف).

الفـــــرع الأول

التوقيع علامة شخصية مميزة لصاحبه (تحديد هوية وشخصية الموقع)

تعد هذه الوظيفة من أهم الوظائف التي يقوم بها التوقيع لأنه عنصرا كاشفا عن شخصية، وهوية صاحبه، ومحددا لذاته، وهذه الخاصية هي التي تميز التوقيع عن طريق الإمضاء أو بخط اليد عن غيره من طرق التوقيع الأخرى كالتوقيع بالبصمة.

ونظرا لكون التوقيع بخط اليد يعمل مباشرة على تحديد هوية الموقع، وذلك من خلال استخدام الاسم أو اللقب في التوقيع ما يؤدي إلى شعور الشخص باختصاصه بتوقيعه اختصاصا يستأثر به وحده، ويتميز به عن غيره ويرى غالبية الفقه انه لكي يكون التوقيع قانونيا لا يكفي أن يستعمل الموقع علامة مألوفة بل يجب أن يتبعها اسمه أو لقبه على الأقل وعليه فإنه يشترط في التوقيع أن يكون مميزا لشخصية الموقع وقادرا على تحديد هويته وإلا اعتبر التوقيع غير صحيح، ولا يترتب عليه أي أثر.

كما يعبر التوقيع بالإمضاء على شخصية الموقع ويميزه عن غيره <<فان التوقيع بالبصمة أو الختم لها نفس الوظيفة رغم ما وجه من انتقاد للتوقيع بالختم بكونه منفصلا ماديا عن شخصية صاحبه>>[1].

أما عن تحديد شخصية الموقع في الجزائر فإنها تنحصر في شكلين للتوقيع الأول التوقيع بالإمضاء (توقيع بخط اليد) والشكل الثاني هو التوقيع عن طريق بصمة الأصبع باعتبارهما الوسيلتين المنصوص عليهما قانونا.

أما في فرنسا فان تحديد شخصية الموقع تنحصر في شكل واحد للتوقيع وهو التوقيع بالإمضاء وقصر الحجية على المحررات الموقعة باليد (الإمضاء) رغم أنه كما سبق القول أجاز وبصورة استثنائية التوقيع بالختم في بعض الأوراق التجارية ويخص فقط الساحب والمظهر.

في السفتجة أو السند الأذني أو الشيك وأن وسائل التوقيع بغير الإمضاء مقصورة على الساحب والمظهر<<فلا يمكن استخدامها من قبل الضامن أو المسحوب عليه وكذلك في تحرير الشيك فلا يقبل من الساحب وسيلة للتوقيع غير التوقيع بالإمضاء لان أحكام المادة 16 من المرسوم الصادر في 1935/10/30 اختصرت الوسائل الأخرى للتوقيع على المظهر فقط >> [2]، وهناك ميزة أخرى للتوقيع وهي تحديد أهلية الموقع ومدى سلطته في إبرام التصرفات القانونية خاصة إذا لم يكن الموقع طرفا في التصرف << كأن يكون وصيا أو وكيلا أو ممثلا لشخص معنوي ففي هذه الحالة يجب أن يحدد هويته ويبين هل في إمكان الموقع التوقيع على التصرف الذي يعزم

[1] زهرة محمد المرسي، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص15.

[2] Gauaida (H), la validite De ceraines signatures A la Griffe D'effer de commarce, Jcp1966,1 page 2034.

الاتفاق عليه>>[1]، ويشترط أيضا أن يوقع الوكيل أو النائب بإمضائه أو ختمه أو بصمته أو بختم الأصيل، وخلاصة القول أنه إذا لم يحقق التوقيع هوية صاحبه فإنه لا يعتد به وينعكس بالسلب على حجية المحرر.

الفـــــــرع الثـــــــاني

التوقيع تعبير عن إرادة الالتزام بالتصرف

(التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون التصرف القانوني)

ينبع التعبير عن الإرادة في الالتزام بالتصرف القانوني والاعتراف بما تضمنته من خلال توقيع الشخص على الدعامة المثبتة لبيانات التصرف. لان التوقيع هو الأداة الكتابية التي تعمل على ترجمة الحالة النفسية للموقع إلى العالم المادي المحسوس الغاية منه إذعان الشخص لمضمون ما وقع عليه وهو إقرار من الموقع بالالتزام.

التوقيع بأشكاله المختلفة هو الأداة الوحيدة المستخدمة للتدليل على الالتزام بالتصرف القانوني << وحسب رأي محكمة النقض الفرنسية أنه يمكن استخلاص النية في التوقيع من استخدام الموقع للاسم المستعار>> [2]، ويمكن التدليل على نية التوقيع من عناصر أخرى غير تلك الخاصة بالتوقيع كالاستعانة بعناصر داخلية للتصرف مثل مكان التوقيع فالواقع العملي أثبت أن التوقيع يوضع في آخر المحرر المتضمن التصرف القانوني لانصراف الإرادة الصحيحة للالتزام بمحتوى التصرف، ومنه فان وجوده في مكان غير الذي جرى العمل به يثير الريب والشك في إرادة صاحب التوقيع، ويعود تقدير إرادة الموقع في الالتزام بالتصرف في هذه الحالة إلى تقدير قاضي الموضوع. الذي يستنبط نية الالتزام من عدمها من واقعة إذا كان الموقع قد وضع التوقيع قبل كتابة البيانات مثلا ويمكن القول أن الشخص الذي يضع توقيعه على ورقة ما يكون عالما ومتيقنا بمضمون

---

[1] العبودي عباس، المرجع السابق، ص 140.

[2] Wilims (w), De la signature Au "notaire Electronique la validation De la communication Electronique, melanges. Pardon (Jean) Bruylant, Bruxelles 1996, page 570.

الورقة التي وقع عليها فهو يقصد إجازة ما ورد بها وإلزام نفسه بكل ما يترتب عليها من التزامات.

نستنتج مما سبق أن إضفاء الحجية القانونية على الأوراق العرفية مقرونا أساسا بقيام التوقيع بوظائفه المنوطة به والمشرع عند اشتراطه توافر التوقيع كشرط جوهري لصحة الورقة العرفية ومنحها الحجية لم يكن يهدف من وراء ذلك إضافة التوقيع بصورة اعتباطية وإنما كان الهدف، من وراءه جعله وسيلة تشد صاحبها إلى العقد وتعطي لهذا الأخير القيمة القانونية المرجوة. فحسب التشريع الجزائري فان التوقيع هو الإجراء الوحيد لتصديق المعاملات التي تضمنتها الوثيقة العرفية.

غير أن العلاقة بين المحرر والتوقيع تنتفي من الناحية القانونية إذا أنكر الموقع صراحة ما نسب إليه من توقيع وهذا ما جاءت به أحكام المادة 327 من القانون المدني الجزائري بقولها: <<يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه....>>

في هذه الحالة يفقد المحرر قوته الثبوتية مؤقتا إلى أن يحكم بعدم صحة الإنكار كما يمكن للقضاء أن يحكم بعدم نية الالتزام بمحتوى المحرر إذا ثبت بالدليل القطعي وأن التوقيع الموجود بالمحرر لم يوضع برضا الموقع ومثال ذلك الإكراه على التوقيع أو التزوير أو الحصول على التوقيع عن طريق الغفلة والتدليس>>[1].

إن التطورات التكنولوجية الحديثة قد أفرزت آليات ووسائل جديدة في التوقيع تختلف عن التوقيع العادي فهل بقي التوقيع العادي المتعارف عليه هو الإجراء الوحيد في نظر المشرع وما هو تأثير استخدام المعلومات على فكرة التوقيع. وهو ما سيتم مناقشته والبحث فيه في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

---

[1] الدكتور، مرقس سليمان، المرجع السابق، ص406.

المبحـث الثـاني

التوقيع الإلكتروني (التوقيع بالشكل الإلكتروني)

أدت المعلوماتية والتقنيات الحديثة إلى انقلاب حقيقي في المفاهيم التقليدية للوثيقة المكتوبة والتوقيع، إذ حولتها من وثيقة يدوية إلى وثيقة إلكترونية أي هناك عملية تحول من العالم المادي الملموس إلى العالم اللامادي غير الملموس ومن الدعامة الورقية إلى الدعامة الإلكترونية هذا الواقع فرض ضرورة إعادة النظر في التوقيع العادي خاصة مع ظهور جهاز الحاسب الآلي وشبكة الانترنت والتجارة الالكترونية فاستخدام هذه التكنولوجيا في إبرام المعاملات لا يتماشى وفكرة التوقيع العادي.

كما أن استخدام هذه التكنولوجيا قلص من استعمال الكتابة التقليدية وظهر شكل جديد يتماشى مع الكتابة الالكترونية وهو التوقيع الالكتروني.

وقد كانت البدايات الأولى لظهور التوقيع الالكتروني في قطاع البنوك وذلك من خلال عمليات الدفع الالكتروني لدى البنوك والمصارف الآلية. وفي مرحلة لاحقة تحقق الاتصال بكفاءة عالية عن طريق شبكة الانترنت وأصبح التعامل من خلالها يقع بين مختلف الأشخاص المتعاملين بسرعة فائقة وفكرة التوقيع الالكتروني لم تأت نتاج تعامل معلوماتي تكنولوجي بسيط بل إن النقيض هو الصحيح لأن البشرية لم تعرف نموا في العلاقات بين ربوع العالم إلا من خلال الاستعمال الواسع للتطور التكنولوجي في وسائل الربط والاتصال.

لذلك كان من الضروري إيجاد وسيلة آمنة بديلة للتوقيع العادي لها ذات الخصائص وتؤدي نفس المهام ونظرا لابتكار هذه الوسيلة وظهور التوقيع الالكتروني كمصطلح جديد أثيرت بشأنه عدة تساؤلات حول ماهيته، وما المقصود به، وهل يتخذ التوقيع الالكتروني شكلا واحدا أم عدة أشكال؟ وهل يتوافر التوقيع الالكتروني على شروط التوقيع التقليدي؟ وما مدى قدرة التوقيع الالكتروني على القيام بوظائف التوقيع العادي المتعارف عليها؟

ونظرا لدخول هذه الوسيلة المجال العملي كان من الضروري تدخل المشرع من أجل تنظيمها قانونيا من حيث النص على عناصرها وتنظيمها والنص على قيمتها الثبوتية مع إقرار مبدأ التكافؤ بين التوقيع الالكتروني والتوقيع العادي.

فمثلا المشرع الجزائري تدخل بموجب القانون رقم 10/05 الصادر في 2005/07/20 ونصت المادة 323 مكرر على الكتابة في الشكل الالكتروني بأنها ذات التسلسل في الأوصاف أو الأرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الالكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها كما نصت أيضا المادة 323 مكرر1 على مبدأ التكافؤ بين الكتابة العادية والكتابة الالكترونية.

كما نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية على تعريف التوقيع الالكتروني.

كما تدخل كذلك المشرع الجزائري وأصدر قانونا رقم 04/15 بتاريخ 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين. وهو أول قانون جاء منظما للتوقيع الالكتروني.

والتوقيع الالكتروني له أشكال متعددة فمنها ما يعتمد على خصائص بيولوجية كبصمة اليد أو الشفاه ونبرة الصوت أو قرنية العين وغيرها من الخصائص البيولوجية، ومن بين هذه الأشكال من يقوم على منظومة تشغيل واحد ومنها من يقوم على منظومتي تشغيل.

ومنها من يعتمد على البطاقة الالكترونية، ولهذه الأشكال قوة ثبوتية مختلفة هذه القوة تقدر بحسب درجة الوثوق بكل شكل من أشكال التوقيع الالكتروني.

مع العلم أن التشريعات العالمية قد أقرت مبدأ التجانس في الإثبات مع الكتابة التقليدية، وسوف نعالج هذا المبحث في ثلاث مطالب.

المطلب الأول: تعريف التوقيع الالكتروني.

المطلب الثاني: أشكال التوقيع الالكتروني.

المطلب الثالث: قيام التوقيع الالكتروني بوظائف التوقيع التقليدي.

المطلـب الأول

تعريف التوقيع الالكتروني (Signature Electronique)

نظرا لأهمية التعاملات الالكترونية وتشجيعا لانتشارها وبث الثقة فيها، فقد تضافرت الجهود الدولية لتذليل العقبات التي تعترضها وعملت على تهيئة البيئة القانونية التي تساير هذه التفاعلات فصدرت تشريعات دولية وإقليمية ووطنية لمواكبة التطور الحاصل في مجال المعلوماتية والقطاع التكنولوجي وذلك <<لأجل توفير الأمان والثقة والخصوصية لهذه الوسيلة الجديدة وإقناع المتعامل (المستهلك) بأن هناك قانون يحميه من الغش ويحافظ مصالحه>>[1].

وقد تركت الجهود الدولية في تذليل العقبات التي تعترض المعاملات الالكترونية بصفة عامة، والتوقيع الالكتروني بصفة خاصة. في تبني مفهوم متطور للكتابة بنوعيها التقليدي والالكتروني ويأتي في مقدمة الجهود الدولية الرامية إلى تشجيع التعاملات الالكترونية وبث الثقة فيها قانون (الأونسيترال uncitral) النموذجي في شأن التجارة الالكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) وذلك بتاريخ 1996/12/16 قرار رقم 162/01 في دورتها التاسعة والعشرين وقد أوصت اللجنة جميع الدول بأن تولي اهتماما واعتبارا لهذا القانون عندما تقوم بسن قوانينها المتعلقة باستخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال أو عندما تقوم بإجراء تعديلات في تشريعاتها، هادفة من ذلك العمل على توحيد القوانين الواجبة التطبيق على البدائل للأشكال الورقية للاتصال وتحرير المعلومات.

[1] Signature Electronique : Le Droit Precede le Marche : .P.1.
http://www.mag.secsurs.com/article.php3?idarticle=1227

يتكون القانون الذي أصدرته الأونسيترال من جزأين في 17 مادة يضاف إليها مادة 5 مكرر المضافة في الدورة 31 لسنة 1998 يتناول الجزء الأول التجارة الالكترونية عموما والجزء الثاني يعالج موضوعات محددة في التجارة الالكترونية كما وضعت هذه اللجنة في دورتها الرابعة والثلاثين قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الالكترونية لعام 2001 .

حيث حرص هذا الأخير على إعطاء تعريف محدد لعدد من المصطلحات المستخدمة فيه حتى يكون منسجما مع القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية وكان يمكن إدراج الأحكام الجديدة التي جاء بها القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية سنة 2001 في صيغة موسعة لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 إلا أنه تقرر في نهاية المطاف أن يصدر القانون الجديد بصيغة صك قانوني منفصل وهذا القرار جاء نتيجة لعدة اعتبارات أهمها الحفاظ على التناسق والانسجام بين القانونين والقانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية ورد كنص تشريعي موصى به للدول لإدراجه في صلب قوانينها الوطنية.

ثم أعقبت هذا القانون جهود أوروبية أثمرت بصدور التوجيه الأوربي في شأن التجارة الالكترونية الذي أقره الاتحاد الأوربي في 1999/1/13.

كما اهتمت مجموعة كبيرة من الدول بالتعاملات الالكترونية وتدخلت من أجل تنظيم قواعدها بسن قوانين تيسر اللجوء لاستخدام شبكة الاتصال الحديثة <<الانترنت>> والاستفادة من مميزاتها ويعتبر التعديل الذي أجرته مدينة الكيبك على قانونها المدني عام 1993 أول اعتراف قانوني بالتوقيع الالكتروني والتسجيلات المعلوماتية.

أما عن أول قانون خاص يصدر بشكل منفرد فقد أصدرته ولاية يوتاه (UTAH) الأمريكية عام 1996 ينظم المعاملات الالكترونية التي تتم عن بعد[1]

[1] Utah, Digital signature, Act (Edi law Review, 1995), 27 Feb And 1May 1995, Art 103.10 “Digital signature means A transformation of A messge using An Asymetric cry to system“.

ثم بعد ذلك توالت التشريعات المتعلقة بالكتابة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني من بين هذه الدول ماليزيا – الصين – فرنسا – انجلترا – ايطاليا.

والدول العربية لم تكن بمنأى عن التطور المعلوماتي والتكنولوجي وسايرت ركب عولمة التجارة فقد أصدرت كل من مصر – الأردن – فلسطين – تونس – البحرين – لبنان – الجزائر قوانين تحكم البيئة القانونية للتعاملات الالكترونية وأقرت مجموع القوانين صحة التعاقدات التي تتم على وسائط إلكترونية لذلك فإننا سوف نتطرق في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاث فروع

الفرع الأول: تعريف الفقه للتوقيع الالكتروني.

الفرع الثاني: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية.

الفرع الثالث: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الوطنية.

الفـــرع الأول

تعريف الفقه للتوقيع الالكتروني

لقد تعددت التعريفات الفقهية التي قيلت لتحديد المقصود بالتوقيع الالكتروني ورغم تعددها فإنها تدور في محور واحد وهو عدم الخروج عن تحديد وضيفتي التوقيع ورغم ذلك يمكن القول أن الآراء الفقهية منقسمة إلى طائفتين أو فريقين فالفريق الأول من الفقه ركز في تعريفه على الكيفية أو الطريقة التي ينشأ من خلالها أو بها التوقيع الالكتروني، وعرف على أنه <<التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل الحديث للتوقيع الالكتروني>> كما عرفه البعض الآخر <<بأنه عبارة عن بيانات مجزأة عن الرسالة يجري تشفيرها وإرسالها مع الرسالة بحيث يتم التثبت من صحة الرسالة عند فك الشفرة وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة>> وعرف البعض التوقيع الالكتروني << مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتبع استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام إخراج رسالة الكترونية

تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا يجري تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح، واحد معلن والآخر خاص بصاحب الرسالة>> يرتكز أصحاب هذا التعريف على أحد أشكال التوقيع الالكتروني ألا وهو التوقيع الرقمي الذي يقوم على التشفير اللاتماثلي أي التشفير القائم على زوج من المفاتيح العام والخاص[1].

وهناك من عرفه أيضا << بأنه مجموعة من الأرقام التي تختلط أو تمتزج مع بعضها البعض بعمليات حسابية معقدة ليظهر في النهاية عدد أو رقم سري خاص بشخص معين>> [2].

هذه التعاريف جاءت مركزة على الطريقة التي يتم بها إنشاء التوقيع الالكتروني كإتباع إجراءات غير تقليدية أو من خلال استخدام معادلات رياضية بمعنى أن هذه التعريفات لم تولي أدنى اهتمام لوظيفة أو للدور الذي يقوم به التوقيع الالكتروني.

أما الفريق الثاني من الفقه فقد ركز على كيفية إنشاء التوقيع الالكتروني باعتباره مجموعة من الإجراءات لكن دون تحديد هذه الإجراءات وترك الباب مفتوحا أمام أي إجراء قد يستجد ويكون قادرا على تحقيق وظائف التوقيع إضافة إلى إبراز وظائف التوقيع الالكتروني والتي يجب أن تسعى إليها الإجراءات التقنية المعترف بها وهي تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون المحرر الذي تم وضع التوقيع عليه.

فعرف البعض التوقيع الالكتروني بأنه << بيان مكتوب في شكل الكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج من إتباع وسيلة

---

[1] شرف الدين أحمد، التوقيع الالكتروني وقواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الالكترونية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الالكترونية المنعقد في جامعة الدول العربية مصر، سنة 2000، ص 3.

[2] فيصل سعيد الغريب، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة 2005، ص 216.

آمنة وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقيا ببيانات المحرر الالكتروني (رسالة البيانات) للدالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونه>> [1].

كما عرفه البعض كذلك بأنه <<إشارات أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته ويعبر – دون غموض– عن رضائه بهذا التصرف القانوني>>[2].

كما عرف الفقه أيضا التوقيع الالكتروني <<بأنه مجموعة الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته>>[3]، وعرف أيضا التوقيع الالكتروني <<بأنه وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات الموجودة في محتوى الوثيقة>>[4].

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه <<علامة أو رمز متمايز يخص شخصا بعينه من خلاله يعبر الشخص عن إرادته ويؤكد على حقيقة البيانات المتضمنة في المستند الذي وقعه>>.

وعرفه البعض بأنه <<إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة الكترونية معينة أو شفرة خاصة>> [5].

---

[1] أبو زيد محمد محمد، تحديث قانون الإثبات مكانة المحررات الالكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النشر 2002، ص 171.

[2] عبد الحميد ثروت، التوقيع الالكتروني ومخاطره وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات مكتبة الجلاء القاهرة، الطبعة الثانية 2002–2003، ص 49.

[3] عجيمي حسن عبد الباسط، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2000، ص34.

[4] Wright (B) Distribution, The Risks of Electronic signatures, Practicing Law Institute – PLI order no. G4-3988-September 1996, P 66.

[5] أبو هبة نجوى، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2002، ص 41.

الفرع الثاني

تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية

الواقع أثبت أن استخدام الأشخاص للتوقيع الالكتروني سبق بزمن ليس باليسير كل التشريعات الدولية والوطنية المنظمة للتجارة الدولية والتوقيع الالكتروني فقد عمدت هذه التشريعات على وضع تعريف شامل للتوقيع الالكتروني كما حرصت هذه التشريعات على إعطاء تعريف محدد لعدد من المصطلحات المستخدمة فيه.

ومنه سوف نتطرق إلى تعريف التوقيع الالكتروني حسب قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية باعتباره تشريعا دوليا وكذلك تعريف التوقيع الالكتروني في التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية.

أولا: تعريف التوقيع الالكتروني حسب ما جاء به قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية.

لقد وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال في دورتها الرابعة والثلاثين قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الالكترونية لعام 2001 فقد نصت المادة الأولى منه على نطاق تطبيق هذا القانون، حيثما تستخدم التوقيعات الالكترونية في سياق الأنشطة التجارية.

ونصت المادة الثانية من هذا القانون على تعريف التوقيع الالكتروني وذلك بقولها: <<يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات>>.

يتضح جليا وأن قانون الأونسيترال لم يحدد الطريقة أو التقنية التي يتم بها استخدام التوقيع الالكتروني وهذا ليس من باب السهو أو التقصير وإنما من أجل ترك المجال مفتوح أمام أية تقنية للدلالة على هوية الموقع وإبراز نيته في الالتزام بمضمون المحرر.

خاصة وأن عالم المعلومات يسير بوتيرة متسارعة جدا حتى يشمل كل التقنيات من جهة ومن جهة ثانية المحافظة كذلك على دور الدول في تحديد الطريقة التي يتم بها التوقيع كل حسب التشريع الذي يصدره وكيفية استخدام التوقيع بالدلالة على شخصية الموقع ومدى التزامه بالمحرر، ويتبين هذا الأمر من خلال ما جاءت به المادة الثالثة من ذات القانون والتي نصت: <<لا تطبق أي من أحكام هذا القانون باستثناء المادة الخامسة بما يشكل استبعادا أو تقييدا أو حرمانا من مفهوم قانوني لأي طريقة إنشاء توقيع الكتروني تفي بالاشتراطات المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة السادسة أو تفي على أي نحو آخر بمقتضيات القانون المنطبق>>، كما نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة:

<<حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل ذي صلة >>.

الملاحظ أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية في تعريفه للتوقيع ركز على الوظيفة التي يجب أن يقوم بها التوقيع وهي تعيين هوية الموقع على رسالة البيانات والتعبير عن إرادته بالموافقة والالتزام بالمعلومات الواردة في الرسالة الالكترونية (المحرر الالكتروني).

ثانيا: مفهوم التوقيع الالكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية

لقد وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال في دورتها التاسعة والعشرين القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في 1996/12/16 وبالرجوع إلى هذا النص من المادة الأولى إلى المادة السابعة عشر والأخيرة لا نجده قد تضمن أي تعريف للتوقيع الالكتروني وكل ما في الأمر أن المادة السابعة منه اكتفت بالإشارة إلى وظائف

التوقيع الالكتروني فقد نصت <<عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ب- كانت تلك الطريقة جدير بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر >>.

من خلال مراجعة قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية نجده قد جاء بمفهوم متطور للكتابة ولم يقصرها على الكتابة التقليدية بل شملت أيضا الكتابة الالكترونية بالإضافة إلى الاعتراف بالتوقيع الالكتروني وأهميته في الإثبات من خلال النص المذكور أعلاه والذي جاء مبينا لوظائف التوقيع الالكتروني بحيث نص على أنه وسيلة تستخدم لتعيين هوية الشخص الموقع والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ثالثا: تعريف التوقيع الالكتروني من خلال توجيهات التكتلات الإقليمية. (التوجيه الأوربي رقم 1999/93 الصادر في 1999/12/13 في شأن التوقيع الالكتروني)

إن التوقيع الالكتروني وباعتباره من المسائل الفنية والتقنية والقانونية يتطلب إجراءات تضمن موثوقيته يكون من شأنها أن تعرف بموقع السند والتأكد من هويته ولتحقيق هذا الغرض فقد كان هذا النظام القانوني محل اهتمام على الصعيد الدولي وكذلك على الصعيد الإقليمي خاصة وان هذه التكتلات الإقليمية اتجهت من خلال توجيهاته إلى تنظيم قواعد التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وما يهمنا هنا التوجيهات التي أصدرها الاتحاد الأوربي رقم 1999/93/24 الخاصة بالتوقيعات الالكترونية والتي اعتمدها البرلمان الأوربي بتاريخ 1999/12/13.

وعمل من خلالها على تعريف التوقيع الالكتروني من خلال التفريق بين نوعين من التوقيع الالكتروني وذلك حسب مستويات التوقيع.

المستوى الأول ويخص التوقيع الالكتروني البسيط أو العادي والذي عرفته المادة الثانية بأنه <<معلومة تأخذ شكلا الكترونيا تقترن أو ترتبط بشكل منطقي ببيانات أخرى الكترونية والذي يشكل أساس منهج التوثيق>> [1].

التعريف الذي جاءت به المادة الثانية حدد الوسائل القانونية التي بواسطتها يتم التوقيع الالكتروني دون بيان الوظائف القانونية المرجوة.

أما النوع أو المستوى الثاني من التوقيع الالكتروني فهو التوقيع المسبق أو المتقدم أو المعزز وهذا النوع من التوقيع عرفته المادة الثانية الفقرة الثانية من التوجيه الأوربي بأنه التوقيع الذي يلبي وتتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يرتبط بشكل منفرد بصاحب التوقيع.
- أن يمكن ويتيح تحديد هوية الموقع.
- أن يتم إنشاؤه من خلال وسائل موضوعة تحت رقابة صاحب التوقيع.
- أن يكون مرتبط بالبيانات التي يلحق بها بشكل يجعل أي تعديل لاحق على البيانات يمكن كشفه[2].

المشرع الأوربي عمل من هذا التعريف وضع ضوابط تقنية وقانونية يجب أن تتوفر في التوقيع الالكتروني من أجل التحقق من صحته وسلامته وعند تحقق هذه الضوابط يكون التوقيع الالكتروني متمتع بمزايا التوقيع العادي بينما التوقيع البسيط فحجته نسبية مقارنة بحجية التوقيع المتقدم (Signature Avancée Electronique)

[1] Sinisi Vinenzo, digital signature legislation in Europe, International business lawyer, December 2000Vol 28.No11. page 487.
[2] Sinisi Vinenzo, digitale signature legislation, Op. cit page 489.

الفـــــرع الثـــــالث

تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الوطنية (التشريعات المقارنة)

استرشادا بالنصوص القانونية الدولية منها والإقليمية المتعلقة بالتوقيع الالكتروني ونظرا لأهميته القانونية، وحتى لا يكون هناك التباس أمام جهات القضاء حول مفهوم التوقيع الالكتروني فان اغلب التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني عرفت التوقيع الالكتروني سواء بنصوص خاصة أو ضمن قواعد العامة للإثبات.

أولا: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري

بصدور القانون 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني يكون التشريع الجزائري قد قفز قفزة نوعية من خلال انتقاله من النظام الورقي للإثبات إلى النظام الالكتروني في الإثبات حيث: أصبحت الكتابة الالكترونية دليلا في الإثبات ليس هذا فحسب بل أن المشرع اعتمد مبدأ التكافؤ في الإثبات بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 323 مكرر 1 بقولها <<يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورق>>[1] وعرف المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون 10/05 الكتابة الالكترونية بأنها تسلسل في الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الالكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها.

أما بخصوص التوقيع الالكتروني فانه يمكن القول أن التشريع الجزائري استعمل هذا المصطلح لأول مرة في أحكام المادة 2/327 من القانون 10/05 والتي نصت على أن التوقيع الالكتروني يضفي الحجية والقوة الثبوتية على المستند أو المحرر الالكتروني .

---

[1] القانون 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 44، لسنة 2005.

وهذا بشرط أن يتم التوقيع الالكتروني حسب الشروط المحددة بأحكام المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، فقد نصت المادة 2/327 قانون مدني <<يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1>>

أما عن تعريف التوقيع الالكتروني فإن أحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 عرفته بأنه: << معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر 323 مكرر1 من الأمر58/75 المؤرخ في1975/09/26والمذكور أعلاه >>[1].

غير أن المشرع الجزائري ونظرا لأهمية التوقيع الالكتروني في المعاملات الالكترونية وانفتاح الاقتصاد الوطني كان من اللازم عليه إيجاد سياسة قانونية تواجه هذه التحولات العميقة سواء على مستوى المعاملات الاقتصادية أو على مستوى الأنظمة الحديثة في التعامل ونظرا لكون المنظومة القانونية التي كانت موجودة لا تستجيب لمتطلبات اقتصاد حر ولا تساير عصر التكنولوجيا فقد تدخل المشرع الجزائري من أجل سد هذا الفراغ واصدر قانونا خاص رقم 04/15 مؤرخ في 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين هذا القانون يهدف بالأساس إلى تحديد القواعد العامة والخاصة بالتوقيع الالكتروني والتصديق الالكتروني، فقد جاء في الباب الأول الفصل الثاني تحت عنوان التعاريف المقصود من التوقيع الالكتروني فقد عرفته المادة 02 بأنه << بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية تستعمل كوسيلة توثيق >>[2].

---

[1] المرسوم 162/07 يعدل ويتمم المرسوم01 / 123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية مؤرخ، في :2007/05/30 الجريدة الرسمية عدد 37.

[2]–[2] قانون 04/15 مؤرخ في: 2015/02/01، يحدد القواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين الجريدة الرسمية العدد 06 سنة 2015.

وقد نصت كذلك المادة 06 من الباب الثاني الفصل الأول على أنه << يستعمل التوقيع الالكتروني للتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني>>[1].

من خلال استقراء نصوص المواد القانونية التي جاء بها قانون 15/ 04 لاسيما تلك المتعلقة بتعريف التوقيع الالكتروني نجده قد تبنى المعيار الوظيفي للتوقيع بحيث جاء مركز على وظيفة التوقيع دون التطرق أو تحديد الطريقة التي ينشأ بها هذا التوقيع.

كما أن المشرع الجزائري تبنى مفهوم التوقيع الالكتروني الموصوف وهو التوقيع الذي يتم وفقا للمتطلبات الواردة بأحكام المادة السابعة و التي نصت: <<التوقيع الالكتروني الموصوف هو التوقيع الالكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية

1 – أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة.

2 – أن يرتبط بموقع دون سواه.

3 – أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

4 – أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني.

5 – أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع .

6 – أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات.................... >>

بمعنى أخر أن المشرع الجزائري تأثر بالتوجيه الأوربي رقم 1999/93 الصادر في: 1999/12/13 عندما نص على التوقيع البسيط والتوقيع المسبق أو المتقدم.

ثانيا: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات العربية (مصر –الأردن–تونس)

لقد جاء القانون المصري المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجية المعلومات رقم 15 لسنة 2004 بعدة تعديلات جوهرية مست قانون الإثبات بالكل أهمها المساواة في الحجية القانونية بين الكتابة على محرر الكتروني والكتابة على

محرر ورقي وذلك شريطة تحديد هوية الشخص الذي صدرت عنه الكتابة وإمكانية نسبة هذا المحرر الالكتروني لموقعه وأن تتم الكتابة وتسجيل وتحفظ على نحو يضمن سلامتها وهذا يعني أن المحرر الالكتروني أو المستند الالكتروني الممهور بتوقيع الكتروني يتمتع بحجية كاملة في الإثبات لا تقل عن حجية المحرر العرفي ويتعين على القضاء الاعتداد بها كوسيلة إثبات.

أما بخصوص التوقيع الالكتروني فقد عرفته المادة الأولى الفقرة (ج) بقولها <<ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو صور أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره>> [1]، وقد جاء في هذا القانون أن وظيفة التوقيع الالكتروني تكمن في وظيفتين أساسيتين الأولى أن التوقيع يثبت الشخص الذي وقع الوثيقة والثانية انصراف إرادة الموقع إلى الالتزام بما وقع عليه وقد عرفت المادة الثانية من قانون المعاملات الأردني المؤقت رقم 75 لسنة 2001 بأن التوقيع الالكتروني هو: <<البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع، يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه بغرض الموافقة على مضمونه>> [2].

من خلال هذا النص يتبين أن القانون الأردني اشترط أن يكون التوقيع على شكل بيانات ليس لها شكل محدد وأن تكون مدرجة بشكل الكتروني من شأنه أن يؤدي وظيفة تحديد هوية الشخص الذي وقع السند الالكتروني. وهذا معناه أن التشريع الأردني أخذ بالمعيار الوظيفي في تحديد مفهوم التوقيع الالكتروني.

---

[1] الدكتور، عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الالكتروني في مصر والدول العربية، ص77-78.

[2] عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى لسنة 2010، ص 165.

أما قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 73 سنة 2000 فقد اعترف بالتوقيع الالكتروني على الوثيقة الالكترونية فنص في الفصل الخامس منه على أنه <<يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة الكترونية، إحداث إمضائه الالكتروني بواسطة منظومة موثوق بها تتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات >> [1]

يستخلص من هذا النص أن التشريع التونسي قد اعترف بالتوقيع في الإثبات ومساواته بالتوقيع الخطي والمشرع التونسي استخدم مصطلح الإمضاء الإلكتروني بدلا من التوقيع وفي رأينا الشخصي أن مصطلح التوقيع أدق من الإمضاء لان هذا الأخير هو أسلوب من أساليب التوقيع التقليدي (التوقيع الخطي) كما سبق بيانه.

ثالثا: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع الفرنسي

إن التأطير الدولي والإقليمي للتجارة والتوقيعات الالكترونية كان له الأثر الكبير على التشريعات الوطنية هذه الأخيرة ومن أجل مواكبة هذه التشريعات جاءت بمجموعة من التعديلات ومن بينها التشريع الفرنسي الذي أدخل تعديلا جوهريا على القانون المدني في شقه الخاص بالإثبات وذلك بمقتضى القانون الصادر في 2000/03/13 وأن المصادقة على هذا القانون كان يتوخى منها ضمان نقل المذكرة التوجيهية الأوربية المؤرخة في 1969/12/13 إلى حيز التطبيق من خلال تبني القانون الفرنسي لهذه المذكرة. والأمر الثاني أن التعديل الذي جاء به قانون سنة 2000 هو اعتماد مبدأ ملائمة قانون الإثبات مع تقنيات الإعلام.

وبالرجوع إلى التعديل الفرنسي الخاص بملائمة نظام الإثبات للتقنيات الحديثة للاتصال والتوقيع الالكتروني المعدل لأحكام المادة 1316 وما بعدها من القانون المدني ضمن الباب الخاص بالحجة الكتابية وأصبح القانون الفرنسي يعترف بنوعين من الكتابة الأولى مادية تقوم على أساس السند الورقي والثانية غير مادية وهي الكتابة الالكترونية،

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص165.

وبالموازاة مع هذا الاعتراف بالكتابة الالكترونية فقد كان لزاما على التشريع الفرنسي أن يعترف بالتوقيع الالكتروني إلى جانب التوقيع التقليدي (الخطي) >> [1]

وقد كرس المشرع الفرنسي من خلال هذا القانون المقاربة ما جاء به قانون الأونسيترال للتجارة الالكترونية والقانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية، وكذلك المذكرة التوجيهية الأوربية بشأن التوقيعات الالكترونية وذلك من خلال إقرار مبدأ التكافؤ بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية من حيث الإثبات وكذلك إقرار مبدأ المساواة والتكافؤ بين التوقيع العادي والالكتروني.

فقد عرفت المادة 1316 المعدلة من التقنين المدني الجديد بأنها << نتاج من تتابع أحرف أو أشكال أو أعداد أو من رموز أخرى لها مدلول مفهوم كيفما كانت دعامتها وطرق إرسالها. الملاحظ من خلال التعديل الذي جاء به القانون المدني لم يحدد شكلا معينا لأداء التوقيع، وإنما ركز فقط على وظيفتي التوقيع وبموجب هذا القانون عرف لأول مرة التوقيع التقليدي في القانون المدني الفرنسي.

فقد نصت المادة 4/1316 المستحدثة على أن: <<التوقيع ضرورة لإتمام عقد قانوني يكشف عن هوية الشخص الذي وضع التوقيع كما يعلن عن رضاء الأطراف بالالتزامات الناجمة عن هذا العقد وحينما يوضع التوقيع بواسطة موظف عام، فإن هذا التوقيع يضفي على العقد الطابع الرسمي>> [2]

---

[1] Pierre-yves Gautier et xavier de Belffonds <<preuve et commerce électronique, de l'écrit Electronique et des signature qui s'y attachent>> article paru au JCP la semaine Juridique, N°24 du 14/6/2000, page 1113.

[2] النص الفرنسي للمادة 4/1316

<< La signature necessaire a la perfection d'une acte juridique identifie ce lui qui L'appose, Elle maifeste le consentement des parties aux obligations qui de coulent de acte quand elle est apposée par un officier public, elle confere L'authenticité a l'acte >>

المرجع القواعد الخاصة للتوقيع الالكتروني، رسالة دكتوراه، ص 45.

وعرفت المادة السابعة التوقيع الالكتروني على أنه <<وسيلة ممكنة لكشف الهوية تتضمن ارتباطه مع العقد المتصل به التوقيع>>

أما بخصوص المرسوم التنفيذي للمادة 1316 الصادر بتاريخ 2001/03/30 والخاص بالتوقيع الالكتروني فقد ميز بين نوعين من التوقيع الالكتروني فهناك التوقيع الالكتروني الآمن هذا يشترط فيه أن يكون خاصا بصاحب التوقيع وأن ينشأ بوسائل يمكن لصاحب التوقيع أن يضعها تحت رقابته الخاصة وهذا حسب مقتضيات المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 272/2001.

يلاحظ من خلال التعريف الذي جاء به القانون المدني الفرنسي أنه اعتمد في تعريف التوقيع الالكتروني على المعيار الوظيفي مركزا على وظيفة التوقيع ولم يتطرق إلى تحديد طرق ووسائل إنشاء التوقيع. وخلص إلى أن كل توقيع يحقق وظائف التوقيع العادي فهو توقيع صحيح وجدير بالاعتراف به.

من خلال مجموعة التعريفات السابقة سواء تلك التي وردت في التشريعات الدولية أو التكتلات الإقليمية وكذا التشريعات الوطنية أو المقارنة والتي لم تخرج عن السياق الذي حدده القانونين النموذجيين للأونسيترال للتجارة والتوقيع الالكتروني الموجهيين أساسا اعتمادها من طرف الدول ضمن قوانينها الوطنية.

يمكن أن نعرف التوقيع الالكتروني بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية كالإشارات أو الرموز أو الأرقام أو أي إجراء تقني آخر يكشف عنه التقدم العلمي مسبقا ومرخص به من قبل الجهات المختصة باعتماد التوقيع الالكتروني ويسمح بتحديد هوية وشخصية الموقع ويبرز إرادته ونيته في الالتزام بمضمون المحرر الالكتروني بمعنى آخر هو كل توقيع وبأي وسيلة كانت يؤدي وظيفة التوقيع العادي أو التقليدي بغض النظر عن طريقة أو وسيلة إنشاء التوقيع الالكتروني أو شكله مادام قد اعتمد من جهات التصديق وكان

آمن وخاصا بصاحبه أي كاشفا عن هوية الموقع وعن نيته في الالتزام بما هو وارد في المحرر الالكتروني.

المطلـــب الثـــاني

أشكـال التوقيـع الالكتــروني

التوقيع الالكتروني كما سبق تعريفه هو عبارة عن بيانات تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها مدرجة في شكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة مستحدثة في رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ارتباطا منطقيا وله طابع خاص مما يسمح بتحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره.

من خلال هذا التعريف يتضح وأن التوقيع لا يأخذ صورة واحدة فكما أن التوقيع العادي يتم بعدة أشكال محددة في القانون فان التوقيع الالكتروني كذلك يأخذ صور مختلفة ومتعددة.

وهذه الصور تختلف فيما بينها من حيث درجة الثقة بها ومستوى ما تقدمه من ضمان لصاحبها بحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها وتأمينها وتتفق جميع صور التوقيع الالكتروني في اعتمادها على وسائط الكترونية ومرد تعدد أشكال التوقيع الالكتروني يعود بالدرجة الأولى إلى تعدد واختلاف التقنية في تشغيل منظومة التوقيع الالكتروني.

بالرجوع إلى القانون رقم 04/15 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين نجده قد حدد الوظائف الواجب أن يؤديها التوقيع الالكتروني مع التطرق إلى نوعي التوقيع الالكتروني وهما التوقيع الالكتروني الموصوف والتوقيع الالكتروني البسيط، <<غير أن المختصين في مجال المعلوماتية قد اتفقوا بشكل عام، على اعتبار التوقيع الالكتروني عبارة تحمل في طياتها مفهوما عاما يشمل آليات تقنية

يمكن استعمالها بهدف التوقيع على قدر ما تسمح هذه الآلية وحدها أو مجتمعة بتحقيق الوظائف الأساسية للتوقيع>> [1].

إن مرد تعدد صور التوقيع الالكتروني هو المراحل المختلفة التي مرت بها التطورات التقنية والفنية في مجال المعلوماتية لذلك فإنه يصعب حصر هذه الصور والأشكال خاصة وأن الأبحاث العلمية في تقدم وتطور هذا التطور الذي أفرز أشكالا مختلفة للتوقيع الالكتروني فما هي هذه الأشكال والصور؟ للإجابة على هذا السؤال قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع.

الفرع الأول: التوقيع بالقلم الالكتروني(Pen Op).

الفرع الثاني: التوقيع بواسطة الرقم السري والبطاقة الممغنطة.

الفرع الثالث: التوقيع الرقمي.

الفرع الرابع: التوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان.

الفـــرع الأول

التوقيع بواسطة القلم الالكتروني

مع استمرار تطور التكنولوجيا ظهرت في الأفق محاولات جادة من قبل العلماء لابتكار طرق تلبي متطلبات القانون للتوقيع يضاهي التوقيع التقليدي على الورق.

وطريقة التوقيع بالقلم الالكتروني تتمثل في استخدام قلم حساس (حسابي) يمكنه الكتابة على شاشة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) عن طريق برنامج هو المسيطر والمحرك لكل العملية، حيث يقوم هذا البرنامج بوظيفتين الأولى خدمة التقاط التوقيع والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع.

وقد يتم هذا التوقيع أيضا عن طريق نقل التوقيع بخط اليد إلى التوقيع الالكتروني.

[1] ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني دراسة مقارنة تقديم القاضي الدكتور مروان كركبي دار المنشورات الحقوقية، طبعة سنة2003، ص126.

أولا: خدمة التقاط التوقيع:

يقوم البرنامج أولا بتلقي بيانات العميل عن طريق بطاقة خاصة يضعها في الآلة المستخدمة، وتتضمن على بيانات كاملة عن هذا الشخص وبعد ذلك تظهر رسالة على الشاشة الالكترونية ليتبعها الشخص. وبعد ذلك تظهر رسالة على الشاشة تطلب من المستخدم التوقيع عن طريق قلم على مربع داخل الشاشة، وعندما يحرك المستخدم القلم عبر الشاشة يرى توقيعه حسب الحركة. ويقوم هذا البرنامج بقياس سمات وخصائص معينة لواقعة التوقيع بما في ذلك حجم وشكل المنحنيات والخطوط والإلتواءات والنقاط وغيرها من السمات الخاصة بالتوقيع.

بالإضافة إلى تحديد السرعة النسبية التي يجرى بها وضع كل خاصية أو سمة على الشاشة ثم يقوم الشخص (المستخدم) بالضغط على مفاتيح معينة تظهر على الشاشة تعطي المستخدم الاختيار من خلال هذه المفاتيح إما الموافقة على شكل هذا التوقيع أو إعادة المحاولة أو إلغاء التوقيع.

<<وعندما يضغط المستخدم على مفتاح الموافقة يتم تشفير تلك البيانات الخاصة بالتوقيع وتخزينها إلى وقت الحاجة إليها وتسمى هذه البيانات المشفرة بالإشارة البيومترية >> [1].

ثانيا: خدمة التحقق من صحة التوقيع:

يتجسد عمل هذه الخدمة في إصدار تقرير حول مدى صحة التوقيع الموضوع من عدمه وتحتفظ خدمة التحقق من التوقيع لديها بقاعدة بيانات تحتوي على إحصائيات لعملية التوقيع لهذا الشخص (المستخدم) <<وتقوم بفك رموز الشفرة ثم تقارن المعلومات مع التوقيع المخزن وترسلها إلى برنامج الكمبيوتر الذي يعطي الإشارة إن كان التوقيع

---

[1] فيصل سعيد الغريب، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية سنة 2005، ص 212.

صحيحا أم لا أي أن برنامج الكمبيوتر هو الذي يعطي الرأي النهائي في صحة أو عدم صحة هذا التوقيع>> [1].

ثالثا: التوقيع اليدوي الالكتروني

تعتبر هذه الصورة من ابسط صور التوقيع الالكتروني وتتحقق هذه الصورة من خلال تحويل التوقيع اليدوي إلى توقيع إلكتروني عن طريق تصوير التوقيع اليدوي بالماسح الضوئي (scanner) ثم تنقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه عبر شبكة الاتصال الالكترونية ويمكن الاحتفاظ بهذه الصورة الرقمية للتوقيع عن طريق تسجيلها إما في الذاكرة الصلبة للحاسوب أو على قرص خارج جهاز الحاسوب.

<<وهذا النوع لا يتمتع بأي درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تحقق الثقة اللازمة في التوقيع، لأن المرسل إليه يمكنه أن يحتفظ بصورة من التوقيع الموجود على المحرر ويعيد استعمالها في أية وثيقة أخرى. الأمر الذي من شأنه أن يضعف الثقة بالمحررات الموقعة إلكترونيا وبالتالي عدم الأخذ به من قبل القضاء كعنصر من عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات>> [2].

وعن مزايا التوقيع بالقلم الالكتروني، فإن لهذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني مزايا لا يمكن إنكارها لمرونتها وسهولة استعمالها، حيث يتم من خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الالكتروني بمساعدة جهاز الماسح الضوئي عبر أنظمة المعلومات.

أما سلبيات التوقيع بالقلم الالكتروني فيرى بعض الفقهاء من استعمال هذه الصورة من التوقيع تسبب العديد من المشاكل التي لم تجد طريقها إلى الحل حتى الآن، وهي مسالة إثبات الصلة بين التوقيع ورسالة البيانات أو المحرر لعدم وجود تقنية تتيح التأكد من قيام هذه الرابطة. <<بالإضافة إلى العقبات التقنية في إتمام أو إنشاء هذا التوقيع أنه لابد من

---

[1] منير الجنبيهي وممدوح الجنبيهي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات دار الفكر الجامعي الإسكندرية بدون سنة طبع، ص70-71.

[2] منير الجنبيهي وممدوح الجنبيهي، المرجع السابق، ص71.

وجود حاسب آلي بمواصفات خاصة واحتوائه على القلم الالكتروني والشاشة الحساسة>>[1].

<< بالإضافة إلى أنه غير عملي لأن ذلك يتطلب في كل مرة التحقق من صحة التوقيع فلابد إذن من وجود سلطة إشهاد (مقدم خدمة التصديق الالكتروني) للتحقق مسبقا من شخصية القائم بالتوقيع لتسجيل عينات من التوقيع وتقديمها إلى خدمة التقاط التوقيع>>[2].

الفـــرع الثانـــي

التوقيع بواسطة الرقم السري والبطاقة الممغنطة

يعد التوقيع الالكتروني باستخدام الرقم السري والبطاقة الممغنطة أول شكل أو صورة أظهرتها التقنيات التكنولوجية للتوقيع الالكتروني وذلك من أجل الإسراع في إنجاز المعاملات البنكية وتعد هذه الصورة الأكثر شيوعا لدى الجمهور، لأن عملية استخدامها سهلة ولا تخفى على أحد تقريبا حيث يتم إصدار البطاقات من قبل البنك أو إحدى المؤسسات الائتمانية وتسلم البطاقة والتي تكون غالبا ممغنطة للعميل ويتم تسليم الرقم السري الخاص بها والذي لا يعرفه أحد سوى العميل << حيث يتم استخدام البطاقة في سحب المبالغ المالية النقدية في الحدود المتفق عليها بين البنك والعميل بموجب عقد إصدار البطاقة أو في دفع قيمة المشتريات التي يقوم العميل بشرائها من أسواق ومحلات تقبل الدفع بهذه البطاقة وهذا بسبب تطور هذه الآلية في القطاع المصرفي>> [3].

---

[1] ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني ماهيته مخاطره وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الإسكندرية، طبعة 2005، ص 55.

[2] أبو الليل الدسوقي، التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات دراسة مقارنة بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب المنعقد من 12-14 تموز 2004، كلية الحقوق جامعة اليرموك الأردن، ص6.

[3] Dider GOBERT et Etienne MONTERO, « la signature dans les contrats et les paiements électroniques : L'approche fonctionnelle », « 17 :cahier du centre de la recherche : informatique et droit, commerce électronique le temps des certitudes », Bruylant - Bruxelles - 2000

وتقوم هذه الوسيلة، تقنيا على إدخال بطاقة ذات خطوط دائرية مغناطيسية أو مزودة ب microprocesseur في آلة مناسبة (الصراف الآلي) أو مكنة السحب اليدوية وتأليف رمز سري (شخصي بشكل صارم ومتصل بشكل عام بالرمز الذي يعرف الشخصية) وذلك بواسطة الملامس هذا الرقم السري يمثل توقيع المستند الالكتروني على إجراء العملية فإذا كان الرقم صحيحا تظهر على الشاشة الخيارات التي يمكن استخدامها من العميل كطلب كشف الحساب أو سحب لمبلغ مالي أو استفسار عن الرصيد.

<<وبعد الانتهاء من العملية تعاد البطاقة آليا إلى المستخدم وفي حالة عدم القيام بأية عملية من العمليات السابقة فلا يكون لهذه العملية أي آثار عملية أو قانونية>> [1].

أما إذا كانت البطاقة هي فيزا والتي تستخدم من طرف العملاء في عملية الشراء فان استخدامها يكون بتسليمها إلى البائع الذي يوجد لديه جهاز مخصص لاستخدامها، بحيث يقوم بتمريرها على الجهاز وبعد ذلك تتم عملية سداد ثمن البضاعة وخصم الثمن من حساب المستخدم مباشرة من البنك بعد أن يتم التأكد إلكترونيا من وجود رصيد للمستخدم بالبنك وصلاحية البطاقة أما في حالة عدم صلاحية البطاقة فإن الجهاز الذي بحوزة البائع يرفض العملية أو كان رصيد المستخدم غير كاف أو غير موجود.

وما تجدر إليه الملاحظة هو أن الصراف الآلي يعمل بنظامين النظام الأول وهو نظام الدفع غير المباشر وفق هذا النظام يتم تسجيل العملية التي أجراها العميل على شريط مغناطيسي ويبقى موقف العميل المالي على ما هو عليه حتى يقوم موظف البنك في نهاية ساعات العمل الرسمية بتوثيق هذه العملية على سجلات البنك.

أما النظام الثاني فيعرف بنظام الدفع المباشر وهذا النظام يقوم مباشرة بتحديث الموقف المالي للعميل بعد الانتهاء من العملية.

[1] يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، دار الثقافة للنشر الطبعة الأولى 2012، ص 93.

إن عملية ضياع أو سرقة البطاقة لا يشكل خطرا كبيرا لأن استخدامها مرتبط بالرقم السري هذا من جهة ومن جهة ثانية أن البنوك أدخلت برمجة ذاتية داخل أجهزة السحب النقدي الخاص مفادها إمكانية إعطاء المستخدم حامل البطاقة ثلاث محاولات بإدخال رقمه السري الصحيح.

فإن لم يتسنى له ذلك يقوم الجهاز بسحب البطاقة تلقائيا، ولا يمكن لغير صاحبها الحصول عليها من الفرع الذي يوجد به حسابه. << بالإضافة إلى أن معظم شاشات الصراف الآلي مزودة بآلة تصوير تسجيل عمليات السحب والإيداع النقدي من خلال الجهاز بواسطة كاميرات تقوم بتصوير الساحب وبعض البنوك استخدمت كاميرات ثلاثية الأبعاد لتحقيق الأمان الكافي في حال ضياع البطاقة أو سرقتها>> [1].

بحيث يتم الرجوع إلى رقم الحساب صاحب البطاقة وعرض العمليات التي تمت على حسابه ومشاهدة الشخص الذي قام بإجراء عملية السحب وقد تم التعرف والكشف عن الكثير ممن استخدم البطاقات المسروقة من خلال أجهزة التصوير المزودة بها الصراف الآلي.

وفي حالة الفقدان فإنه يتم إبلاغ البنك مصدر البطاقة هذا الأخير يصدر أوامره للصراف بإيقاف كافة العمليات التي تتعلق بحساب العميل (المستخدم) عندها لا يستطيع أحد أن يلج لحساب المستخدم وسحب نقوده.

<<وإذا تمت عملية سحب النقود من حساب العميل بعد عملية التبليغ هنا تقوم مسؤولية البنك وفق قواعد المسؤولية التقصيرية وهذا الأمر نادر الحدوث أو الوقوع>> [2].

أما عن قانونية التوقيع بواسطة الرقم السري والبطاقة الممغنطة فإن هذه الصورة من التوقيع الالكتروني تعد عنصر من عناصر الدليل الكتابي للإثبات نظرا لأهميته العملية

---

[1] يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 94.

[2] يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 95.

في حياة الأشخاص بالإضافة إلى تمتعه بوسائل أمان كافية لإتمامها وعدم التلاعب فيها وقدرته على تحديد هوية شخص الموقع <<فإتباع الإجراءات المذكورة سابقا تؤكد بأن من قام بالعملية المصرفية هو الشخص صاحب الرقم السري، وكذلك تمتع هذا الشكل من التوقيعات الالكترونية بالثقة والأمان القانوني من خلال استخدام الرقم السري>> [1] وبالرغم من أن التوقيع بالرقم السري منفصل ماديا عن صاحبه وبالتالي يمكن استخدامه بعد الحصول على البطاقة الممغنطة من قبل أي شخص آخر وهي إحدى المآخذ على هذا النوع من التوقيع غير أن الفقه أجمع على صلاحية هذا النوع من التوقيعات لقدرته على تحديد هوية صاحبه وتمتعه بالثقة والأمان. وله حجة في الإثبات الالكتروني لأنه حرر البشرية من المفهوم التقليدي للتوقيع لذا فإن تسجيل هذه العمليات آليا بواسطة الحاسب الآلي له حجية كاملة في الإثبات، وذلك استنادا للآراء الآتية:

- الرقم السري يعادل التوقيع التقليدي من حيث أداء الوظائف فإتباع المستخدم الإجراءات المحددة لسحب أو إيداع النقود أو دفع ثمن سلعة يشكل اعترافا منه بما يرد من بيانات على الشريط (الممغنط أو الورقي) الناتج عن الجهاز[2].

- أن الحصول على البطاقة بطريقة ما لا يعني بالضرورة الوصول للرقم السري لانفصالهما عن بعضهما البعض <<إن استعمال الرقم السري بطريقة غير مشروعة من قبل الغير هو في حكم تزوير التوقيع التقليدي>>[3].

كما أن فقدان البطاقة أو سرقتها وكذا الرقم السري يمكن للعميل في هذه الحالة إبلاغ البنك الذي بدوره يقوم بتجميد جميع التعاملات بهما وذلك بإيقاف الدائرة الالكترونية، ورغم ذلك فإنه يؤخذ على هذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني أنه لا يتم إلحاقه بأي محرر وإنما يتم تسجيله في وثائق البنك منفصلا عن أية وسيلة تعاقدية " لذا فإن أثره في

[1] زهرة محمد، المرجع السابق، ص25-26.

[2] زهرة محمد، نفس المرجع السابق، ص35.

[3] مشيمش ضياء أمين، التوقيع الالكتروني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص127.

الإثبات يقتصر على الحالات التي يوجد فيها بين الطرفين علاقة تعاقدية سابقة واتفاق بشأن ما يثور بسببها من منازعات ولهذا السبب لا يمكن اعتبار هذه الصورة من التوقيع الالكتروني ذات حجية مطلقة "[1].

الفـرع الثالث

التوقيع الرقمي

يعتبر التوقيع الرقمي إحدى صور التوقيع الالكتروني التي تستخدم في إبرام التصرفات القانونية عبر الوسائط الالكترونية التي تتم من خلال الشبكة العنكبوتية (الانترنت) <<وتعتمد هذه الصورة من التوقيع الالكتروني (التوقيع الرقمي) على استخدام طرق التشفير(la cryptographie) التي تعتبر من الناحية التقنية شعبة من شعب الرياضيات التطبيقية تدرس وتهتم بتحويل النص من شكله الأصلي الواضح والمقروء إلى نص غير مفهوم، ثم استعادة هذا النص في شكله الأصلي الواضح المقروء عن طريق استعمال معادلات رياضية معقدة تسمى خوارزميات التشفير>>[2].

وتجدر الإشارة إلى أن التشفير لا يستخدم فقط في إنشاء التوقيع الرقمي بل أيضا لإضفاء السرية على المراسلات المتبادلة بين الأطراف بشكل يحول دون الاطلاع على محتوى الرسالة من الأشخاص غير المرخص لهم بالاطلاع، وهو ما ينعكس إيجابا على مستوى أمن المعاملات المنجزة باستخدام التكنولوجيا الرقمية وتوجد في الواقع أنظمة متعددة للتشفير تختلف من حيث الأهمية تبعا لدرجة الأمان الذي توفره وتبقى أهم الأنظمة والأكثر استعمالا هي نظام التشفير التماثلي (بمعنى أن عملية إغلاق وفتح بيانات المحرر تكون بمفتاح واحد).

[1] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 37.

[2] Hubert Bitan, la signature électronique répond-elle aux exgence de la loi ?
Gazette du palais-juillet-aout 2000, page 1279.

والنظام الثاني هو نظام التشفير اللاتماثلي ويعني هذا النوع <<أن المفتاح الذي يتم به إغلاق بيانات المحرر غير المفتاح الذي يتم به فتح هذه البيانات>>

أولا: نظام الإغلاق والفتح الموحد (التشفير التماثلي):

يتميز هذا النظام بوجود مفتاح واحد يستخدم من طرف المرسل قصد تشفير الرسالة (غلق بيانات المحرر) ويستعمل من طرف المرسل إليه قصد استعادة الرسالة في شكلها الواضح الأصلي (بمعنى فتح بيانات المحرر) << ومفتاح الإغلاق والفتح عبارة عن معادلة رياضية يمثلها نظام معين تعمل على تحويل البيانات إلى نص رقمي ذي رموز غير مقروءة وآلية هذا النظام قائمة على تغيير تسلسل الأحرف>>[1]، ولتبادل المحررات الالكترونية ينبغي أولا إرسال المفتاح الذي أغلق به بيانات المحرر إلى المرسل إليه ليتسنى لهذا الأخير فتح المحرر والاطلاع عليه.

غير أن المخاطر الحقيقية التي تحيط بعملية توزيع هذا المفتاح بين الطرفين وإمكانية تلقيه من قبل الغير جعلت استخدام هذا النظام ينحصر في إطار المعاملات التي تتم في إطار الشبكة المغلقة دون أن يمتد مجال استخدامه للمعاملات المبرمة على الشبكة المفتوحة لذلك فان التعامل بنظام الإغلاق والفتح الموحد مقصور على الأشخاص الذين لهم تعاملات مسبقة وعلاقة تعارف.

ثانيا: نظام الإغلاق والفتح اللاتماثلي:

وهي من أنظمة التشفير باستخدام المفتاح العام وهذا النظام متطور تقنيا وفنيا عن نظام الإغلاق والفتح الموحد. وتقوم هذه التقنية على وجود زوج من المفاتيح لدى كل مستعمل مفتاح عام يتاح للجميع الاطلاع عليه ومفتاح خاص يجب على صاحبه الاحتفاظ به سرا ورغم أن هذين المفتاحين مختلفين ومتميزين إلا أنهما مرتبطان ببعضهما بشكل تكاملي

[1] الدكتور، قاضي الحجار اوسيم شفيق، المرجع السابق، ص 303.

بموجب معادلة رياضية معقدة يستحيل معها على أي شخص أن يتوصل إلى أحد المفتاحين انطلاقا من المتاح الآخر.

إن استخدام هذه الوسيلة بغرض التوقيع يكون من خلال قيام مصدر الرسالة بتوقيعها عن طريق استعمال مفتاحه الخاص ثم يوجهها إلى المرسل إليه الذي يمكنه فك الشفرة باستخدام المفتاح العام المرافق للمفتاح الخاص للمرسل الأمر الذي يجعل المرسل إليه على ثقة كاملة بأن الرسالة وقعت فعلا من طرف المرسل.

ولإضفاء طابع السرية أكثر على المبادلة وتوقيعها بشكل رقمي في نفس الوقت فإن المرسل يقوم عن طريق المفتاح العام للمرسل إليه بتشفير الرسالة هذا الأخير يستطيع وحده استعادة البيانات الموجودة بالمحرر في صيغتها وشكلها الأصلي باستخدام مفتاحه الخاص <<ومنه فإن استخدام المفاتيح العامة والخاصة للمرسل والمرسل إليه يؤدي بنا إلى الوصول إلى رسالة سرية وموقعة بشكل رقمي بحيث تستخدم مفاتيح المرسل لتوقيع الرسالة والتثبت من نسبة التوقيع للشخص الذي حرر الرسالة>> [1].

هناك تقنية أكثر فاعلية تستخدم في إنشاء التوقيعات الرقمية وفي التحقق من صحتها ونسبة التوقيع إلى الموقع، كما تمنع من إحداث أي تحريف أو تغيير في بيانات المحرر الموقع الكترونيا من تاريخ إنشاءه وإصداره إلى حين وصوله وهو ما يدعم الثقة في المحرر الالكتروني ويشار إلى هذه العملية بمصطلح <<دالة البعثرة (Fonction de hachage)>> وهي في الأصل عملية رياضية تنشئ صورة رقمية للرسالة أو شكلا مضغوطا من الرسالة يصطلح عليه خلاصة الرسالة أو بصمة الرسالة تتخذ شكل <<نتيجة بعثرة>> ذات طول محدد يكون عادة أصغر من الرسالة.

ويمر التوقيع الرقمي بهذا الشكل على المراحل الآتية:

1- ينتج المستعمل أو يتلقى زوجا فريدا من مفاتيح الترميز.

[1] Didier Gobert et Etienne Montero, opcit, page 7.

2- يعد المرسل رسالته على جهاز حاسوب في شكل رسالة بريد إلكتروني مثلا.

3- يحصل المرسل باستخدام خوارزمية بعثرة مأمونة على خلاصة الرسالة أو بصمة الرسالة.

4- يستخدم المرسل المفتاح الخاص لتشفير خلاصة الرسالة ويعمد المرسل باستخدام المفتاح الخاص إلى توقيع خلاصة الرسالة فيتكون التوقيع الرقمي عندئذ في خلاصة مشفرة للرسالة.

5- يقوم المرسل بإرفاق توقيعه الرقمي بالرسالة أو يلحقه بها.

6- يرسل المرسل توقيعه الرقمي ورسالته (غير المشفرة أو المشفرة) الكترونيا للمتلقي.

7- عند وصول الرسالة إلى المتلقي يستخدم هذا الأخير المفتاح العام للمرسل للتحقق من صحة التوقيع الرقمي للمرسل مما يسمح بالتأكد من أن الرسالة جاءت من المرسل دون سواه.

8- ينشئ المتلقي أيضا خلاصة رسالة باستخدام خوارزمية البعثرة ويقوم المتلقي بمقارنة خلاصة الرسالة التي أنشأها مع تلك التي بعثها المرسل فإن كانت البصمتين متطابقتين فإن ذلك يفيد حتما سلامة التوقيع والرسالة وعدم حدوث أي تحريف أو تلاعب عليها

لأنه إذا وقع أي تغيير ولو لحرف واحد من الرسالة بعد توقيعها رقميا تكون خلاصة الرسالة التي أنشأها المتلقي مختلفة عن خلاصة التي أنشأها المرسل [1].

وخلال مراحل التوقيع الرقمي يلعب مؤدي خدمات التصديق الالكتروني دورا بارزا ومهما في إنجاح هذا النوع من التوقيع فاستعمال نظام التشفير بالمفتاح العمومي والخصوصي

[1] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع 2001 الأمم المتحدة نيويورك 2002 الجزء الثاني دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، ص 30-31.

يتطلب إشهار المفاتيح العامة والسهر على ضمان نسبتها إلى أصحابها المفترضين <<وهذه الجهات (مؤدوا خدمات التصديق) هي جهات مستقلة ومحايدة عن أطراف المعاملة لأن دورها ينحصر في تقديم خدمات المصادقة الالكترونية والعمليات المقترنة بالتوقيعات فهي تعمل على التحقق من هوية الموقع كما تقدم الشواهد الالكترونية الدالة على نسبة المفتاح العام لصاحبه وارتباطه بالمفتاح الخاص مع ضمان الحق في الاطلاع على المفاتيح العامة من خلال السجل الالكتروني المتاح للمتعاملين >> [1].

الفـــــرع الرابـــع

التوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان (التوقيع البيومتري)

يعتبر التوقيع البيومتري طريقة من طرق التعرف على شخصية الإنسان لأن كل شخص يتميز بصفات وخصائص ذاتية تميزه عن غيره بشكل واضح وموثوق إذ يهتم العلم البيومترولوجي بدراسة الخواص المميزة لكل إنسان مثل بصمة الإصبع أو مسح شبكة العين أو نبرة الصوت أو بصمة الشفاه أو خواص اليد البشرية ثم دراسة المميزات الشخصية في المظهر الخارجي لليد مثل نسبة الخط لشخص معين يعتمد فيها على درجة الضغط على القلم وحجم الاهتزازات التي تصدرها اليد أثناء الكتابة وبدايات ونهايات الحروف.

يعتمد التوقيع البيومتري على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد للتحقق من الشخص وحاليا تستخدم هذه التقنية من قبل أجهزة الأمن – المخابرات في الوقت الذي تعمل فيه بعض الهيئات المهتمة بهذه التقنية على إدخالها ضمن أجهزة الكمبيوتر عن طريق المؤشر المتحرك وأجهزة أخرى فيتم تعيين الخواص الفيزيائية للعين أو البصمة عن طريق تحديدها وتدقيقها وتخزينها بصورة مشفرة داخل جهاز الحاسب الآلي في نظام حفظ

---

[1] Julien ES NAULT, La Signature électronique DESS de droit du multimédia et de L'informatique Université paris II pamtheon-ASSAS 2002-2003, page 16-17 et 18 publie sur www.signelec.com le 21/07/2003.

الذاكرة ويمنع استخدامها من شخص آخر، وفي حالة وجود أي تلاعب مهما كان بسيطا فلا يسمح بالدخول.

بمعنى أن التحقق من شخصية المتعامل تكون من خلال خواصه الفيزيائية والطبيعية والسلوكية، ويقوم هذا النوع من التوقيع على حقيقة علمية مفادها تفرد كل شخص بصفات جسدية.

أما عن كيفية التوقيع البيومتري فإنه يتم من خلال استعمال تقنية خاصة، بها تؤخذ صورة لأحد أعضاء جسم الإنسان ويحتفظ بها في شكل شفرة داخل ذاكرة هذه التقنية يستطيع صاحب الشأن عند الرغبة في استعمال هذه الصورة في إبرام التصرفات والتعاقدات للرجوع إليها وتوثيق تصرفه وهذا من خلال برنامج داخل ذاكرة التقنية <<المستخدمة يمكن مقارنة الصورة المحفوظة بالصورة الملتقطة فإذا تطابقت الخصائص والسيمات بين الصورتين تمكن الشخص صاحب الشأن من توثيق التصرف المراد القيام به>> [1].

والملاحظ أن هذا النوع من التوقيعات الالكترونية مازال في مراحله الأولى مما حذى ببعض رجال الفقه إلى التحفظ في استعماله في إبرام المعاملات القانونية، بالإضافة إلى إمكانية نسخ التوقيع [2].

واستعماله من قبل المرسل إليه أو الغير <<بالإضافة إلى كلفة التقنية الخاصة بهذا الشكل من التوقيعات الالكترونية وتغير الخواص الفيزيائية مع التقدم في السن والإرهاق>> [3].

إن الخواص الفيزيائية والطبيعية إن كانت تسمح بالتعرف على صاحب التوقيع فهي بشكل عام غير كافية للتعبير عن موافقته لأن تأكيد نية التوقيع يعتمد بشكل كبير على مبدأ الوثوق في النظام التقني وفي إجراءات المجموعة التي ينظم إليها التطبيق.

---

[1] عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 60.

[2] جميعي حسن عبد الباسط، المرجع السابق، ص 41.

[3] ضياء أمين مشيمش، المرجع السابق، ص 130.

ورغم التحفظات على هذا النوع من التوقيع إلا أن البعض يرى في اختلاف الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان وارتباطه بالشخص لها القدرة في تمييزه وتحديد هويته وهو ما يسمح باستخدام هذا النوع من التوقيع في توثيق المعاملات القانونية الالكترونية.

خاصة وأنه قادر على توفير الثقة والأمان وقدرة التقنية حمايته من أي تلاعب أو نسخ أو تزوير.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تبنى هذا النوع من التوقيع من خلال إصداره للقرار المؤرخ في 2010/07/19 المتضمن إصدار جواز السفر البيومتري وهذا استجابة لدعوة المنظمة العالمية للطيران إلى إصدار جواز سفر بيومتري بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري اعتمد هذا النوع من التوقيع في بطاقة التعريف الوطنية البيومترية ورخصة السياقة البيومترية من أجل الاستفادة من هذه التقنية في تحديد هوية الموقع من خلال الخصائص الطبيعية والفيزيائية.

المطلب الثالث

قيام التوقيع الالكتروني بدور التوقيع التقليدي

(قدرة التوقيع الالكتروني على القيام أو مضاهاة التوقيع بخط اليد)

إن التشريع الجزائري وإلى غاية سنة 2005 كان يعتبر التوقيع بخط اليد الشكل الوحيد المقبول قانونا فهل هذا الشكل كان مقصودا لذاته بحيث لا يمكن قبول أي شكل آخر؟ وإن كان الأمر كذلك فلماذا غير في منهجه بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/07/20 واعتمد مبدأ التكافؤ بين التوقيعين التقليدي والالكتروني؟

يمكن القول بأن شكل التوقيع ليس مقصودا لذاته بل إن وظيفة التوقيع هي المعنية أو المقصودة وأن قبول شكل معين لا يتم إلا إذا كان قادرا على القيام بالدور المنوط بالتوقيع.

ومنه فلا مناص من الأخذ بالتوقيعات الحديثة بشرط أن تكون قادرة على القيام بوظائف التوقيع بخط اليد، لذلك تعين عدم الخلط بين وظيفة التوقيع وشكله فوظيفة التوقيع تبقى قائمة ومستقرة لا تتبدل مهما تنوعت صور التوقيع وأشكاله أما من حيث الشكل فإنه يمكن أن يتعدد ويتنوع تبعا لمقتضيات التطور التكنولوجي، وظهور مجالات وفضاءات أخرى للتعاقد والتعامل، ومنه فإن الأخذ بالتوقيع ليس اعتبارا في شكله وإنما في وظيفته، ومدى قدرته على منح المحرر حجيته في الإثبات لان الغاية من التوقيع الالكتروني هي إضفاء القوة الثبوتية على المحرر الالكتروني هذه الغاية لا يمكن بلوغها إلا إذا استطاع التوقيع الالكتروني تحديد هوية الشخص الموقع وعبر عن إرادته في الالتزام بما هو وارد في المحرر الالكتروني.

وللبحث في جزئيات هذا الموضوع قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مدى استجماع التوقيع الالكتروني لشروط التوقيع العادي معرجين فيه إلى النقاط الآتية:

- أن يكون التوقيع علامة مميزة.
- أن يكون واضحا ومستمرا.
- أن يرتبط التوقيع بالمحرر ارتباطا وثيقا.

الفرع الثاني: قدرة التوقيع الالكتروني على تحقيق وظائف التوقيع التقليدي وتم التطرق في هذا الفرع إلى نقطتين أساسيتين:

- تحديد التوقيع الالكتروني لشخصية وهوية الموقع.
- التعبير عن الإرادة في الالتزام بمضمون التصرف القانوني.

الفرع الأول

مدى استجماع التوقيع الالكتروني لشروط التوقيع العادي

لقد أثار التوقيع الالكتروني العديد من التساؤلات حول إمكانية الاعتماد عليه لاستكمال عناصر الدليل الكتابي ومدى قدرته على تحقيق واستجماع الشروط المطلوبة في التوقيع التقليدي حتى يكون قادرا على ضمان حجية المحرر في الإثبات ومناط هذا التساؤل يرجع إلى التشكيك في بداية ظهور التوقيع الالكتروني على قدرته في منح المحرر قيمة ثبوتية، وذلك من خلال تحديد هوية الشخص والتعبير عن رضائه بالتصرف والالتزام بمضمونه حتى يستطيع التوقيع العادي (التقليدي) أن يؤدي وظائفه ويعترف له بالحجية في الإثبات أن تتوفر فيه عدة شروط سبق وأن بينا هذه الشروط عندما تطرقنا إلى التوقيع التقليدي في المطلب الثاني من المبحث الأول الفصل الأول، وعند ظهور التوقيع

الالكتروني كأداة جديدة من أدوات التوقيع طرح السؤال التالي: ما مدى استفاء التوقيع الالكتروني لشروط التوقيع العادي حتى يضفي الحجية ويمنح القيمة الثبوتية للمحرر؟

وهو ما سنحاول الإجابة عليه من خلال النقاط الآتية:

أولا: أن يكون التوقيع الالكتروني علامة مميزة لصاحبه:

إن التوقيع الالكتروني بصوره المختلفة التي سبق التطرق إليها يعد من قبيل العلامات المميزة للموقع دون غيره، ولا توجد للتوقيع الالكتروني نسخ متعددة لأنه عندما يصدر التوقيع لشخص معين فلا يتصور إصدار نفس التوقيع لشخص آخر، لأن في ذلك إهدار لحقوق الغير وانتهاك لخصوصية التوقيع الالكتروني، وهي توفر الأمن لمستخدمي العقود الالكترونية، هذا التوقيع يحدد شخص الموقع والمعلومات الأساسية الخاصة به من خلال نموذج التوقيع الذي يوضع على المحرر ومن خلال شكل التوقيع يتم تحديد هوية الموقع ومركز المرسل صاحب التوقيع وتحديد أهليته، فالتوقيع بالخصائص الفيزيائية والطبيعية للإنسان مثلا، تميزه عن غيره فلا يمكن التشابه في بصمة الشفاه أو قزحية العين كذلك الأمر بالنسبة للتوقيع بالرقم السري لأنه لا يمكن أن يعطى رقم سري لأكثر من شخص واحد داخل النظام الواحد، فالرقم الذي يمنح للعميل يكون مميزا ومتفردا به ولا يستطيع أي من العملاء استعمال واستخدام هذا الرقم السري إلا إذا تم الحصول عليه نتيجة إهمال صاحبه في المحافظة عليه أو قام بمنحه للغير أو ما يعبر عنه بالتنازل عن سرية الرقم من خلال إتاحة استعماله من طرف الغير، وكذلك التوقيع بواسطة القلم الالكتروني فهو كالتوقيع العادي من خلال قدرته على تمييز الشخص الموقع عن غيره لأنه لا يمكن إتمامه إلا من خلال التطابق بين هذا التوقيع والتوقيع المخزن في جهاز الحاسب الآلي.

<< أما بخصوص التوقيع الرقمي فهو يقوم على مفتاحين عام وخاص والمفتاح الخاص لا يعرفه سوى الشخص الموقع وعند استخدام التوقيع الرقمي يستطيع المرسل إليه التوقيع

أن يتحقق عن طريق مقدم خدمات التصديق الالكتروني الذي يكون عمله التأكد من صحة التوقيع >>[1].

كما يمكن من الناحية العملية وبشكل يسير أن يكون لكل شخص توقيعا إلكترونيا خاصا به مميزا له عن غيره تماما كالتوقيع التقليدي.

ثانيا: أن يكون التوقيع واضحا ومستمرا:

يعتبر التوقيع بشكليه التقليدي والالكتروني شكلا من أشكال الكتابة وحتى يكون للدليل حجيته في الإثبات لابد أن يكون مقروءا ومنه << فالتوقيع يخضع هو كذلك لشروط الكتابة من حيث إمكانية الإطلاع عليه وقراءته بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر عن طريق استخدام الحاسب الآلي ويتم تحريره في صورة يمكن الرجوع إليها خلال فترة معينة>>[2].

وبالتالي لم يعد الإثبات محصورا في الكتابة اليدوية، وإنما امتد ليشمل الكتابة الالكترونية، وهذا أمر طبيعي بسبب التطور التقني في وسائل الاتصال والحاسب الآلي، وأصبحت الكتابة الالكترونية أحد مرتكزات المعاملات الالكترونية، لذلك فإن تشريعات التجارة الالكترونية وكذلك التوقيع الالكتروني عالجت مسألة التوقيع الالكتروني والمستندات الالكترونية.

<<ومن بين هذه التشريعات القانون الفرنسي رقم 230 سنة 2000 الصادر في 2000/03/13 في شأن التوقيع الالكتروني والذي اعترف بالمستندات والتوقيع

[1] غازي أبو عرابي، الدكتور، فياض القضاة، حجية التوقيع الالكتروني دراسة في التشريع الأردني، "مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 20 العدد الأول، سنة 2004، ص 173.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 31.

الالكتروني كدليل في الإثبات، وطبق هذا القانون بتاريخ 2001/04/01 تنفيذا لتوصيات الاتحاد الأوربي رقم 93 سنة 1999>> [1].

وشرط الاستمرارية يقصد به قدرة الدليل على الاحتفاظ بالمعلومات التي يتضمنها لفترة طويلة من الزمن حتى يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة وهذا الشرط بدوره قائم ومتحقق في المستندات الالكترونية <<لأن التطور التكنولوجي تمكن من استحداث وسائل ووسائط إلكترونية متطورة يتحقق فيها عنصر الثبات والاستمرار بالنسبة للمعلومات التي تحتويها مع الاحتفاظ بهذه البيانات المخزنة لمدة طويلة قد تتفوق على الورق العادي الذي قد يتآكل بسبب الرطوبة أو سوء الحفظ>>[2].

ثالثا: ارتباط التوقيع الالكتروني بالمحرر ارتباطا وثيقا:

حتى يستطيع التوقيع الالكتروني أن يؤدي دوره في الإثبات يجب أن يكون مرتبطا ارتباطا ماديا ومباشرا بالمحرر الالكتروني وهذه المسألة متعلقة أساسا بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المكتوب إلكترونيا، ومنه تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع، ومن أهم صور التوقيع المستخدمة هي التوقيع الرقمي الذي يقوم على مفتاحين أحدهما عام والآخر خاص لا يستطيع أحد أن يطلع على مضمون ومحتوى المحرر الالكتروني والموقع الكترونيا إلا الشخص الذي يملك المفاتح الخاص لان النص يكون غير مفهوم وغير واضح.

لأن هذه الرموز لا يمكن معرفة فحواها دون استخدام مفتاح التشفير الخاص الذي يحول النص المشفر إلى الوضع الأصلي حيث تتم قراءته بشكل واضح ومنه فإن المحرر الالكتروني يرتبط ارتباطا تاما بالتوقيع الالكتروني على نحو لا يمكن فصله أو تعديله من الغير.

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الالكترونية بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات ماي 2003، ص 1860.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص334.

كما تجدر الإشارة إلى أن ارتباط التوقيع بالمحرر لا يسمح للموقع تعديل توقيعه إلا خلال فترة زمنية معينة بعد إبلاغ كافة الأطراف المتعاملة مع الموقع حفاظا على حقوقهم <<لأنه عند التعديل يجب على الموقع إخطار الجهة مصدرة التوقيع على نيته في التعديل حتى يتسنى لهذه الجهة التأكد من إتمام جميع التصرفات التي جرت باستعمال هذا التوقيع بالإضافة إلى المحافظة عليه لفترة معينة مع التوقيع الجديد ليتم التأكد من أن جميع التصرفات التي أبرمت بالتوقيع القديم قد تمت وكل تصرف يبرم بالتوقيع القديم بعد إصدار التوقيع الجديد لا يعترف به>> [1].

ومادام الأمر كذلك فإن التوقيع الالكتروني يستوفي شروط التوقيع العادي إذا تم وفقا للإجراءات الخاصة بإنشائه.

الفرع الثاني:

قدرة التوقيع الالكتروني على تحقيق وظائف التوقيع التقليدي

الثابت من خلال ما سبق دراسته هو أن التوقيع التقليدي يؤدي وظيفتين أساسيتين الأولى هي التعريف بصاحب المستند وتحديد هويته والوظيفة الثانية هي التعبير الجازم عن رضى الموقع بمضمون ومحتوى المحرر والسؤال الذي يطرح نفسه: هل أن التوقيع الالكتروني باستطاعته تأدية وظائف التوقيع التقليدي أو العادي عند استخدامه في المعاملات التي تتم عن طريق شبكة الانترنت؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال دراسة النقاط الآتية:

- قدرة التوقيع الالكتروني على تحديد هوية الموقع.
- قدرة التوقيع الالكتروني في التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر الالكتروني.

[1] الدكتور، حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص169.

أولا: قدرة التوقيع الالكتروني على تحديد هوية الموقع:

تختص عقود التجارة الالكترونية بأنها تتم في عالم افتراضي دون الحضور المادي للأطراف لحظة إبرام التصرفات والتعاملات القانونية (عقود التجارة) على نقيض ما هو معتاد عليه في التعاقد التقليدي الذي يقع بين أشخاص في مجلس عقد واحد حاضرين إما بصفتهم الشخصية أو عن طريق وكلاء الشيء الذي يتيح لكل طرف متعاقد التعرف على هوية وشخصية الطرف الثاني، والتأكد من شخصيته وأهليته للتعاقد لذلك تظهر حاجة المتعاملين في التجارة الالكترونية إلى تقنية أو وسيلة تسمح بتحديد هوية المتعاقدين والتوقيع الالكتروني هو الوسيلة المتاحة حاليا والملائمة في إبراز وتحديد هوية الأطراف المتعاقدة عبر شبكات الانترنت أو غيرها من الشبكات المفتوحة وغير المفتوحة (المغلقة). فإذا كان التوقيع التقليدي والالكتروني من وظائفهما تحديد هوية وشخصية الموقع فإن الاختلاف الجوهري بين النوعين يكمن في الآتي:

- الوسيلة المستعملة في التوقيع التقليدي (التوقيع بخط اليد) هي القلم بأنواعه أو الختم أو بصمة الأصبع أما الوسيلة المستعملة في التوقيع الحديث الالكتروني فهي رموز أو إشارات أو أرقام أو بإحدى الخواص الطبيعة الفيزيائية للمتعاقد أو أية تقنية تكنولوجية أخرى.
- أن التوقيع بخط اليد يكون دائما على دعامة ورقية أما التوقيع الالكتروني فيكون على مخرجات جهاز الإعلام الآلي (الدعامة الالكترونية) كالقرص المرن أو الممغنط.
- أن التوقيع التقليدي يعتبر حجة في ذاته مستقلة بينما التوقيع الالكتروني يحتاج إلى شهادة توثيقية وهي شهادة التصديق وفي حالة ما لم يكن هذا التوقيع مقرون بهذه الشهادة فيقع على صاحبه إثبات موثوقية المنظومة التي تنشئه.

- في حالة تزوير أو تقليد التوقيع التقليدي فإنه لا يفرض على الموقع تغيير توقيعه بينما في التوقيع الالكتروني عند حصول تزوير أو تقليد يتعين على الموقع تغيير توقيعه الالكتروني وهذا ما يعني أن التوقيع العادي (بخط اليد) يتميز بالاستمرارية والثبات والتوقيع الالكتروني لا يتميز بهذه الخاصية في حالة التزوير والتقليد.

<<والتوقيع التقليدي مرتبط ارتباطا ماديا بشخص الموقع ولا ينفصل عنه على عكس غالبية التوقيعات الالكترونية>> [1].

لقد سبق القول وأن هناك أشكال وأنماط متعددة للتوقيع الالكتروني تختلف عن بعضها البعض باختلاف التقنية التكنولوجية المستعملة في التوقيع ولا شك أن لهذا الاختلاف أثر على إمكانية تحديد هوية الشخص الموقع فمن ناحية أولى ليست كل أشكال التوقيع قادرة على تحديد هوية الموقع بشكل تام وواضح والناحية الثانية أن دعامة التوقيع العادي (التقليدي) لا يمكن أن يجرى عليها أي تعديل في بياناتها دون أن يترك ذلك أثرا واضحا عكس الدعامة الالكترونية (دعامة التوقيع) التي يمكن أن يحدث تغيير في البيانات دون أن يترك أثر لهذا التعديل من خلال ذلك نستطيع أن نقول أن أنواع التوقيع الالكتروني تتفاوت في قدرتها على تحقيق وظيفة تحديد هوية الموقع.

فهناك من أشكال التوقيع الالكتروني المفتقد للمصداقية لسبب عدم دقته في تحديد هوية الموقع، وهناك نوع آخر للتوقيع الالكتروني تتوقف مقدرته على تحديد هوية الموقع على نوعية وحداثة تقنية تشغيل منظومة التوقيع، بالإضافة إلى أشكال أخرى للتوقيع الالكتروني قادرة فعلا على تحقيق وظيفة تحديد هوية الشخص الموقع بشكل مساو للتوقيع العادي ومن بين أنواع التوقيعات الالكترونية القادرة على تحديد هوية الشخص الموقع بصورة كاملة ودقيقة التوقيع بالرقم السري المرتبط بالبطاقة الممغنطة هذا النوع من التوقيع

[1] Tote(D), La Signature électronique et la fiabilite Reele Des Procedes D'identification P.1http://www.davidtate.apin.c.org/imprimersansphp?Id-article:106

يتميز بخاصيتين الأولى سهولة استعماله وبساطة تشغيل منظومته فهو يتمتع بخاصية ثانية وهي القدرة على توفير قدر كبير من الأمان والثقة المستمدة من العناصر الآتية:

- السيطرة على الرقم السري في حالة فقده أو سرقته.
- سرية التعامل بالرقم السري.
- الإجراءات المرتبطة بتشغيل منظومة الرقم السري لإتمام عملية الصرف.
- العنصر الأهم اقتران الرقم السري ببطاقة الكترونية.

هذه العناصر هي التي أعطت القدرة لهذا النوع من التوقيع على تحديد هوية الشخص الموقع على الرغم من أن الرقم السري منفصل ماديا عن شخص صاحبه وهذا ما جعل الفقه يجمع على صلاحيته في إبرام التعاملات والتصرفات << كما انه حاز على اعتراف القضاء به واعتباره حجة كاملة في الإثبات. لأن هذا النوع من التوقيع قادر على تحديد هوية الموقع بصورة تفوق قدرة التوقيع العادي على ذلك >> [1].

أما التوقيع الرقمي القائم على آلية التشفير فهو أكثر شيوعا في إبرام التعاقدات التي تتم على وسائط الكترونية خاصة التوقيع الرقمي اللاتماثلي الذي يعتمد على زوج من المفاتيح يستخدم احدهما للتعريف بهوية الموقع وهو المفتاح العام والمفتاح الخاص يستعمل لتوثيق المحرر بالإضافة إلى وجود شهادة الكترونية صادرة عن هيئة مختصة ومعترف بها تربط بين هوية وشخصية الموقع ومفتاحه العام، ومن الأسباب التي تجعل هذا النوع من التوقيع قادرا على تحديد هوية الموقع بمستوى ودرجة أكبر من التوقيع التقليدي استحالة تزوير زوج المفاتيح المشتقين والمنشأين بطريقة حسابية خوارزمية معقدة في حالة الاختراق لهذه البيانات الموجودة على المحرر الالكتروني يمكن اكتشافه، ولو كان هذا الاختراق بسيط انصب على بينة واحدة من بيانات المحرر الالكتروني.

---

[1] عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 56-58.

واكتشاف الاختراق يكون عن طريق قيام المرسل إليه بعمل لملخص آخر للمحرر ومقارنته مع الملخص المرسل (المبعوث) فان كان هناك تطابق بين الملخصين فهذا يدل على عدم الاختراق.

<<وفي حالة ظهور اختلاف بين الملخص الذي قام به المرسل إليه والملخص المبعوث فهذا دليلا على وجود اختراق لبيانات المحرر الالكتروني>> [1].

ومن التوقيعات الالكترونية التي تتوقف قدرتها على تحديد هوية الموقع على التقنية المستخدمة التوقيع بالخواص الفيزيائية (التوقيع البيومتري) هذا النوع الذي سبق وأن قلنا أنه يقوم على الخصائص والسمات الفيزيائية للأشخاص هذه السمات تختلف من شخص إلى آخر يمكن استخدامها في تحديد هوية الموقع غير أن هذا النوع من التوقيع يتطلب تقنيات تكنولوجية من نوع خاص قادرة على حفظ سمات الإنسان واسترجاعها في الوقت المناسب والمطلوب.

هذا النوع من التوقيع فعلا قادرا على تحديد هوية الموقع إلا أنه يحتاج إلى تقنيات مكلفة وسبب التكلفة جعلها أقل استخداما في التصرفات المدنية والشكل الثاني من التوقيعات الالكترونية الذي يتطلب استخدام تقنيات معينة في تحديد هوية الموقع هو التوقيع باستخدام القلم الالكتروني وهذا النوع دائما بحاجة إلى شاشة أو حاسب آلي مزود بوحدة القلم الالكتروني، فإذا كان الحاسب قادرا على التقاط التوقيع بالقلم الالكتروني والاحتفاظ به في قاعدة بيانات من جهة ومن جهة ثانية قادرا على حماية هذا التوقيع من الاختراق يصير هذا النوع قادرا على تحقيق وظيفة التوقيع التقليدي وهي القدرة على تحديد هوية الشخص الموقع.

أما بخصوص التوقيع الالكتروني الذي يرى فيه الكثير من القانونيين أنه لا يحقق وظيفة التوقيع التقليدي فيما يخص تحديد الموقع هو التوقيع بواسطة المسح الضوئي هذا النوع

[1] المري عياض راشد، المرجع السابق، ص114.

من التوقيع يقوم على قاعدة نقل الصورة الفوتوغرافية للتوقيع العادي على قاعدة بيانات الحاسب الآلي ثم بعد ذلك يوضع هذا التوقيع على المحرر الالكتروني ومن عيوب هذا النوع من التوقيع سهولة نسخه ووضعه على أي محرر آخر يجهله صاحب التوقيع وما ينجر عن ذلك من ضياع للحقوق من جهة وكثرة الخصومات القضائية << لذلك فإن أغلب الفقهاء قد تحفظوا على هذا النوع من التوقيع الالكتروني واعتبروه غير قادر على تحقيق وظيفة التوقيع وهي تحديد هوية الشخص الموقع تحديدا كافيا نافيا للجهالة>> [1].

والملاحظ أن التشريعات أخذت بنظام التوقيع الرقمي المرتبط بالتشفير وخير دليل على ذلك التشريع الجزائري الذي نص بموجب القانون رقم 04/15 المؤرخ في 01/فيفري/2015 في المادة الثانية الفقرة الخامسة بقولها << بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني: رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقيق من التوقيع الالكتروني حيث نصت كذلك المادة 6 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين على أنه <<يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع....>>.

وهذا دليلا على أن التوقيع الالكتروني بأشكاله المختلفة التي سبق بيانها يتم بواسطته تحديد شخصية الموقع على السند الالكتروني خاصة إذا ما روعيت وسائل الأمان المنيعة في هذا المجال وإجراءات التوثيق أو التشفير الموجودة على شبكات الانترنت ومنه فإن التوقيع الالكتروني كعنصر من عناصر المحرر الالكتروني يستطيع أن يؤدي وظيفته في تحديد هوية الشخص الموقع على المحرر الالكتروني.

[1] يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2012، ص 97-98.

ثانيا: قدرة التوقيع الالكتروني في التعبير عن إرادة الموقع:

لقد نصت المادة 6 من قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري <<يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني>>.

من خلال أحكام المادة المذكورة أعلاه يتبين وأن التشريع الجزائري قد نص صراحة على أن من وظائف التوقيع الالكتروني <<التوقيع الموصوف حسب تعبير التشريع الجزائري>> هو تحديد هوية الشخص الموقع ودليل على قبول الموقع بمحتوى ومضمون المحرر الالكتروني أي التعبير عن إرادة الموقع بمضمون السند.

كما نصت أيضا المادة 08 من قانون 04/15 على أنه << يعتبر التوقيع الالكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي >>.

فالتوقيع الموصوف قرينة على أن الموقع قد وافق على مضمون المحرر الالكتروني والبيانات الواردة فيه ما لم يثبت العكس أو خلاف ذلك، والقواعد العامة في القانون المدني هو أن السند العادي له حجيته في الإثبات ومن يريد إنكار مضمون السند المحتج به ضده عليه أن ينكر توقيعه الوارد فيه.

<<وبذلك فإن التوقيع الالكتروني له وظيفة هامة في التعبير عن إرادة الموقع بالالتزام والقبول بما ورد في المحرر الالكتروني، وإن قيام الموقع بالتوقيع على المحرر الالكتروني متى كان هذا التوقيع موصوفا أو مؤمنا حسب الأصول يعتبر وسيلة للتعبير عن رضا الموقع بما ورد في المحرر>>[1].

[1] يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص100.

إن الوظيفة الثانية للتوقيع العادي تظهر من خلال التعريف الذي جاء به الفقه وهو إظهار التزام الموقع بمضمون العقد الذي يذيل بتوقيعه <<وهو العنصر المعنوي للتوقيع المتمثل في رضا صاحب التوقيع وقبوله الالتزام بمضمون التصرف القانوني وإقراره له>> [1].

إذا كان التوقيع الالكتروني يأخذ شكل أرقام سرية أو رموز أو خصائص فيزيائية يتفرد بها الشخص عن غيره محددة تكون محفوظة لدى صاحبها فإن استخدام هذه الرموز والأرقام من صاحبها دليلا على موافقته على البيانات والمعلومات التي وقع عليها، ورغبته في الالتزام بها، ففي التوقيع البيومتري لا يقوم الشخص بوضع توقيعه إلا للدخول إلى النظام والقيام بالعملية المطلوبة وهو تعبير على موافقته على مضمون العملية، وذات الأمر بالنسبة للتوقيعات القائمة على الأرقام السرية المستخدمة في بطاقات الائتمان وخاصة بطاقة السحب، فإن الشخص عندما يدخل الرقم السري وإجراء المعاملة (المخالصة) فإنه يعبر عن رضائه.

ولا يمكن لأحد أن يعبر عن إرادته بدلا منه إلا من كان عالما برقمه السري وهو أمر نادر إلا في حالة الإهمال أو السرقة على خلاف التوقيع العادي (التقليدي) الذي يزور دون إهمال أو تقصير من صاحبه عن طريق التقليد، وكذلك الأمر بالنسبة للتوقيع بالقلم الالكتروني فالمستخدم لمثل هذا النوع من التوقيع يكون قد اطلع على مضمون العقد المراد توقيعه وبالتالي يمضي بالقلم الالكتروني (القلم الحساس) للتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون المحرر الالكتروني الذي وقعه.

أما التوقيع الرقمي المبني على المفتاحين العام والخاص فقد وجد واستحدث أصلا لتوثيق مضمون الإرادة عبر الشبكات المفتوحة، بسبب ما تتعرض له هذه الشبكات من هجمات من قبل القراصنة فغالبا ما يتمكن محتالو أجهزة الإعلام الآلي من الوصول إلى حاسوب رجال الأعمال ثم قفل المعلومات التي بداخلها ويطالبون بأن يدفع أصحابها أموالا مقابل

[1] فيصل سعيد الغريب، المرجع السابق، ص224.

فتحها وهذا ما أصبح يطلق عليه الآن بـ<<برامج الفدية الكمبيوترية>>وهي آخر وسيلة للابتزاز عبر الانترنت <<إن هجمات القراصنة تؤدي إلى تحريف مضمون الرسالة ولهذا لجأت العديد من منظمات الأعمال إلى استخدام برامج تأمين معاملات الشبكة والتحقق من صحة مضمون الرسالة المجسدة لإرادة الأطراف المتعاقدة >> [1]

ومن أفضل أنواع التوقيع الالكتروني القادر على أداء وظيفة التعبير عن الإرادة في الالتزام بمضمون السند الموقع عليه هو التوقيع الرقمي الذي يقوم على تقنيات تكفل تفرده وقيامه بوظائف التوقيع من تحديد لهوية الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة والالتزام بمضمون ما وقع عليه.

فالتوقيع الرقمي بما يقوم عليه من تقنيات خاصة تلك المستخدمة في تأمين المحرر المدون الكترونيا يستطيع أن يعبر عن إرادة الشخص بصورة تفوق الصور الأخرى للتوقيع الالكتروني، فالإنسان الذي يستعمل مفتاحه الخاص ليشفر رسالة معينة ويقوم متلقي هذه الرسالة بفك الشفرة والتأكد من صحة توقيع صاحب الرسالة عن طريق اللجوء إلى جهة تصديق التوقيع الرقمي، فهو يعتبر من الوسائل الآمنة في التعبير عن الإرادة والتي يمكن اللجوء إليها في التعامل عبر الشبكات المفتوحة فالشخص لا يستخدم توقيعه الرقمي إلا ليعبر عن إرادته في الموافقة على مضمون الرسالة لأن المفتاح الخاص لا يعلمه إلا صاحبه.

أما عن قدرة التوقيع الالكتروني في التعبير عن إرادة صاحبه في الموافقة على مضمون العقد وبالتالي الرضا بالتعاقد والالتزام به << فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه قادر على أداء هذه الوظيفة بدرجة أفضل من قدرة التوقيع العادي خاصة وأن بعض أشكال التوقيع العادي كالبصمة والختم إن كانت قادرة على تحديد صاحبها فهي لا تبرهن على

---

[1] علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2005، ص73.

موافقته على مضمون العقد بل وحتى الإمضاء يمكن تزويره وبالتالي لا يحقق وظائفه على أكمل وجه أما التوقيع الالكتروني فإنه قادر على التعبير عن رضا الشخص بالموافقة على مضمون العقد وعلى إجراء العمليات المختلفة عبر الوسائل الالكترونية >> [1]

-ونافلة القول أن التوقيع الالكتروني يمكنه في ظل ضمانات معينة أن يقوم بذات الدور والوظيفة التي يقوم بها التوقيع التقليدي بل التوقيع العادي لا مكان له في ظل المعالجة الالكترونية للمعلومات وبالتالي يمكن الاعتماد على هذا النوع من التوقيع (التوقيع الالكتروني) كوسيلة ثانية وليست إضافية للتوقيع العادي.

ثالثا: إثبات سلامة العقد:

من الوظائف الحديثة للتوقيع الالكتروني هي المحافظة على صحة العقد ومضمونه وسلامته وهذا لا يعني أن التوقيع يضفي الحجية على ذلك وإنما التوقيع الالكتروني قرينة تقبل إثبات العكس أي إثبات عدم صحة العقد والعبث بمحتواه خاصة وأن التعاملات الالكترونية تتم في وسط محفوف بالمخاطر إذا لم تتخذ إجراءات وقائية وواجب الحيطة والحذر عند التعامل من خلال شبكة الانترنت، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه حتى ولو ثبتت سلامة العقد وصحته من خلال استخدام التوقيع الالكتروني المؤمن والمشفر فإنه يمكن إثبات بطلان المحرر الالكتروني وصوريته وبالتالي فقدان حجيته، ومرد ذلك أن في العقود الالكترونية تختفي الدعامة الورقية وتظهر بيئة أخرى لتحرير التعاملات وهي الدعامة الالكترونية المتمثلة فيCD والقرص المضغوط وغيرها من الدعامات الأخرى هذه الأخيرة يمكن التلاعب فيها بشكل واضح ومنه المساس بمحتوى التصرف أو العقد مع صعوبة اكتشاف التغيير والتحريف الذي يمس محتوى العقد المبرم في البيئة الالكترونية وهنا تظهر أهمية التوقيع الالكتروني في أداء وظيفة المحافظة على سلامة العقد على خلاف التوقيع اليدوي الذي تكون فيه الدعامة الورقية هي المحافظة على

[1] علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 72.

سلامة محتوى العقد من التلاعب والعبث به لان كل تغيير أو تبديل يمس الدعامة الورقية يترك أثره الجلي وبذلك يسهل اكتشافه.

<<لأن التوقيع الالكتروني الرقمي يضمن صحة محتوى العقد من أي تلاعب لأن هذا النوع من الترقيم يقوم على زوج من المفاتيح العام والخاص ومنه تحول الأرقام إلى بيانات بعد فك الرموز ومقارنة النتائج من قبل الطرفين. المرسل والمرسل إليه نستطيع تبين صحة العقد من عدمه وذلك من خلال التطابق أو عدم التطابق بين الخلاصتين خلاصة المرسل والمرسل إليه فكل فارق أو اختلاف معناه تعرض الرسالة إلى تحريف عند النقل>> [1].

ومنه فإن التوقيع الإلكتروني يستطيع أن يؤدي وظيفة الحفاظ وإثبات سلامة العقد خاصة وأن رسائل الأمان في مجال العقد الالكتروني مهمة وصعبة جدا نظرا لطبيعة البيئة التي يتم فيها التعاقد وخصوصية المحررات الالكترونية من حيث الدعامة بالإضافة إلى التطور التكنولوجي المتسارع [2].

[1] ضياء أمين مشيمش، المرجع السابق، ص155.

[2] يوسف أحمد نوافلة، المرجع السابق، ص 102.

الفصــل الثانــي

تقنيـات التوقيــع الالكترونـــي

إن التطور العلمي والاقتصادي والاجتماعي الذي يعرفه العالم مرده تطور وتعاظم حجم النشاط الذي تقوم به الشركات والبنوك والمؤسسات والإدارات، وأن تزايد حجم الأنشطة أدى إلى وجود كم هائل من الوثائق والمستندات ولمجابهة هذه الزيادة الهائلة في التعاملات كان لزاما على هذه الجهات إيجاد بدائل حديثة لا تعتمد على المستندات أو الدعامة الورقية في تبادل المعلومات بين الأطراف المتعاقدة، وأدخلت الوسائل الحديثة في مجال معالجة المعلومات وتم الاعتماد عليها بصورة كبيرة في تبادل البيانات والمعلومات إلكترونيا ومما لا شك فيه أن التوقيع الالكتروني قد شكل أحد أهم الأسباب التي ساعدت على زيادة تبادل المعاملات الالكترونية.

وقد صاحب هذا التطور ظهور تطبيقات أخرى للتوقيع الإلكتروني في وسائل الدفع أو التوقيع المصاحب للدفع عبر الوسائط الالكترونية المصرفية مثل الهاتف المصرفي والانترنت المصرفي وأن تنوع تطبيقات التوقيع الالكتروني مرد تعاظم حجم المعاملات الالكترونية في مجال التعاملات والتعاقد.

إن عنصر الأمان والثقة يعتبر حجر الزاوية في ركن ومجال التصرفات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية الذي يغيب عنها الحضور المادي المعاصر أثناء إبرام العقد أو التصرف على عكس التصرفات التقليدية التي يفترض فيها الحضور المادي للأشخاص في مجلس العقد سواء بأنفسهم أو من ينوب عنهم.

لذلك فإن هذا النوع من التصرف يتطلب وجود شخص أو طرف ثالث يوفر عنصر الثقة والأمان.

وأن دور هذا الأخير يبرز من خلال أن هذه التصرفات تتم في عالم افتراضي يغيب عنه الحضور المادي للأطراف.

أي أنها تصرفات تبرم بين أشخاص لا يعرف بعضهم البعض ومن أجل إضفاء عنصر الثقة والأمان من خلال التحقق من هوية وصلاحيات الأطراف المتعاقدة تبرز أهمية وظيفة الشخص الثالث الذي قد يكون شخصا معنويا أو طبيعيا مهمته الأساسية إصدار شهادة إلكترونية يصادق بها على هوية صاحب المفتاح العام ويؤكد صحة توقيعه وهذا وفقا للشروط التي يحددها المشرع، وللبحث في تقنيات التوقيع الالكتروني قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تطبيقات التوقيع الالكتروني.

المبحث الثاني: الجهات المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكترونية.

المبحث الأول

تطبيقات التوقيع الالكتروني

لقد أحدثت التطورات التكنولوجية نقلة نوعية في مجال التجارة وأصبح هناك ما يعرف بالتجارة الإلكترونية هذه الأخيرة انتقل مجال التجارة فيها من المجال التقليدي الواقعي إلى المجال الحديث الافتراضي، وأن ظهور شكل جديد للتجارة يفضي بالضرورة إلى وجود نوع جديد من وسائل الدفع لأن الأنماط الجديدة للتجارة تفرض مقتضياتها بقوة على وسائل التبادل التجاري وأدوات الدفع، فقد أصبح من الممكن الدفع ما يترتب على المشتري من ثمن السلع أو الخدمات عن طريق بطاقات الدفع الالكترونية واستحدثت وسائل الاتصال الحديثة بطاقة دفع تتماشى مع التجارة الالكترونية من خلالها يستطيع المتعامل تحويل وإيداع ثمن السلعة أو قيمة الخدمة في رصيد البائع بمجرد حصول الاتفاق، فمن خصائص "الانترنت" الفورية والسرعة هذه الخاصية أسهمت بشكل واضح في انتشار التجارة الالكترونية، ومن وسائل الدفع الالكتروني المستخدمة في سداد ثمن السلع أو الخدمات:

- بطاقات الدفع الالكترونية بأنواعها المتعددة.
- أنظمة الدفع الالكتروني مثل النقود الرقمية والشيكات.
- <<وسائل الدفع المصرفية مثل الهاتف المصرفي وبنوك الانترنت>>

ويبرز هنا دور التوقيع الالكتروني لأنه من الضروري لإتمام عملية الدفع توفر شكل معين من أشكال التوقيع الالكتروني فعلى سبيل المثال جميع أنماط بطاقة الدفع الالكتروني بها شريط ممغنط يتضمن بيانات صاحبها هذه البيانات يشخص لها رقم سري أثناء نقلها من الحاسب الآلي إلى هذا الشريط هذا الرقم يشكل توقيعا إلكترونيا.

ولبيان تطبيقات التوقيع الالكتروني في وسائل الاتصال الحديثة ولمعرفة ما إذا كان للدفع الالكتروني خصائص مماثلة للدفع المادي المباشر (التسديد العادي) قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التوقيع الالكتروني في بطاقات الدفع الالكترونية.

المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني في أنظمة الدفع الالكترونية.

المطلب الأول

التوقيع الالكتروني في بطاقات الدفع الالكترونية

التجارة الإلكترونية حقيقة واقعية لا يمكن تجاوزها في الوقت الراهن لما أحدثته من تأثيرات جذرية في كافة المعاملات التجارية بوجه عام والقطاع المصرفي بوجه خاص فكان على القطاع الخاص أن يساير هذه التحولات التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات وفعلا استجابة البنوك والمؤسسات المالية من خلال إعادة النظر في الدور التقليدي في معاملاتها بغرض تقديم خدمة في مستوى النمو المتزايد لوسائل الاتصال الحديثة، وهذا من خلال إدخال الحاسب الآلي في المعاملات البنكية سواء كانت المعاملة بين البنك وعميلها أو فيما بين البنوك أو حتى على مستوى تنظيم البنك في حد ذاته كل ذلك من أجل تقديم خدمة توفر الائتمان اللازم للزبائن وأن استحداث الأساليب الجديدة في تقديم الخدمات المصرفية أوجد خدمات مصرفية جديدة.

إلى وقت قريب كانت عمليات الدفع تتم بواسطة النقود ولكن مع ازدهار التجارة وتطورها استخدمت وسائل أخرى للدفع – مثل الشيكات والحوالات البنكية غير أن هذه الوسائل التقليدية أصبحت عاجزة أمام انتشار التجارة الدولية بشكل رائج وفي جميع القطاعات خاصة وأن هذا النوع من التجارة يتم عن طريق شبكة الاتصال (الانترنت) وهذا النوع من

التعاقد يتطلب بالضرورة وسيلة دفع تتلائم معه من حيث الطبيعة الالكترونية ومن هذه الوسائل بطاقات الدفع.

<<هذه البطاقات استخدمت أول مرة في نشاط البنوك عام 1951 من قبل بنك (فرانكلين ناشيونال) في ولاية نيويورك الأمريكية وهو بذلك يكون أول بنك أصدر بطاقات الائتمان ومنه أخذت بطاقات الدفع في التنوع والتطور والانتشار عالميا>> [1]

وبطاقة الدفع عبارة عن قطعة بلاستيك مقوى يحتوي على شريط ممغنط ومنها ما يحتوي على ذاكرة إلكترونية تتضمن بيانات تخص المستفيد وتاريخ الصلاحية واسم البنك المسوق لها والمؤسسة المصدرة وبطاقات الدفع ثلاثية الأطراف وهم: البنك المسوق للبطاقة –العميل– التاجر، ودراسة هذا المطلب تم تقسيمه إلى فرعين

- **الفرع الأول:** بطاقات الدفع Débit cards
- **الفرع الثاني:** بطاقات السحب الآلي (Cash card (A.T.M

الفرع الأول

بطاقات الدفع أو بطاقة الوفاء Débit cards

وهذا النوع من البطاقات يعتمد على وجود رصيد للعميل لدى البنك المسوق لبطاقة الدفع أو الوفاء في شكل حسابات بنكية بغرض تسوية تعاملات العميل أول بأول ومن بين هذه البطاقات البطاقة الزرقاء في فرنسا (La carte bleu) وبطاقة الفيزا (visa Electron) التي يتم من خلالها دفع ثمن المشتريات والحاجات دونما حاجة إلى حمل النقود في جيب المستخدم، ولا بد من توفر الجهاز الخاص بهذه البطاقة في المتجر كي يتم تمرير البطاقة من خلال هذا الجهاز وخصم الثمن منها.

[1] الرومي محمد أمين، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، الطبعة الأولى سنة 2004، ص131.

وتعرف هذه البطاقة على أنها <<مستند يمنحه المصدر لشخص معين بناء على عقد بينهما، يمكن من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف>> [1].

وظهرت هذه البطاقات كما أسلفنا أول مرة بالولايات المتحدة الأمريكية مع بداية القرن العشرين ثم بعد ذلك ظهرت البطاقة الزرقاء بفرنسا.

وقد بدأ العمل بهذه البطاقة في الجزائر من طرف بنك الخليفة حيث تم إصدار بطاقة الخليفة لكنه توقف العمل بها بسبب المتابعة الجزائية وتوقيف بنك الخليفة عن النشاط ثم بعد ذلك أصدر بنك القرض الشعبي الجزائري بطاقة الدفع الالكتروني تعرف باسم CPA Cash – كما أصدر البنك الوطني الجزائري بطاقة سحب تعرف باسم (BNA CARD) على هامش الملتقى المنعقد بالجزائر أيام 10.9.8 سنة 2002 المتضمن برنامج عمل لتطوير أنظمة وسائل الدفع الالكتروني بالجزائر[2].

تتجلى مظاهر المعاملات الالكترونية في القانون التجاري الجزائري من خلال القانون 15/03[3] المتضمن الموافقة في الأمر 11/03[4] المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري نظم التعامل الالكتروني الحديث في القطاع المصرفي من خلال النص عليه في المادة 69 بقولها " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل " يتجلى من هذا النص رغبة المشرع في الانتقال بوسائل الدفع من النظام الكلاسيكي إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن التشريع الجزائري قد تطرق إلى وسائل الدفع الالكتروني

[1] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتاب القانونية مصر، طبعة 2010، ص 407.

[2] بن عميمور أمينة، البطاقات الالكترونية للدفع والقرض والسحب، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، الموسم الجامعي 2005/2004.

[3] الجريدة الرسمية، العدد52، لسنة 2003.

[4] الجريدة الرسمية، العدد 64، لسنة 2003.

في الأمر 06/05 المؤرخ في 13أوت2005 المتعلق بمكافحة التهريب[1]، حيث أعتبر المشرع وسائل الدفع الالكتروني من التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب وبذلك انتقل المشرع من مصطلح مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل في نص المادة 69 [2] إلى مصطلح أكثر دقة المتمثل في وسائل الدفع الالكتروني الوارد في نص المادة 03 من الأمر المذكور [3].

<< بموجب هذا النوع من البطاقات تتم عملية تحويل قيمة السلع والخدمات من رصيد مستخدم البطاقة (رصيد حاملها المشتري) إلى رصيد البائع بإحدى طريقتين وفي إحداهما يتم استخدام التوقيع الالكتروني>> [4].

أولا: طريقة التحويل المباشر:

في هذه الطريقة يتم استخدام التوقيع الالكتروني حيث يقوم المشتري بتسليم بطاقته إلى البائع الذي يقوم بتمرير هذه البطاقة من خلال الجهاز الآلي الخاص للتأكد من صحة البيانات الموجودة على البطاقة ومن وجود رصيد للمشتري كافي لتسديد قيمة المشتريات أو الخدمة بعدها يقوم صاحب البطاقة بإدخال الرقم السري الخاص به ليعلن موافقته على إتمام العملية.

والرقم السري يعتبر أحد أنواع وأنماط التوقيع الالكتروني وبمجرد إتمام العملية يقوم البنك المسوق للبطاقة بتحويل مبلغ السلعة أو الخدمة من حساب المشتري إلى رصيد البائع هذه العملية تعتبر بمثابة دفع فوري (On–Line) وهي وسيلة ضمان الوفاء للتاجر.

---

[1] الجريدة الرسمية، العدد 59، لسنة 2005.

[2] القانون 15/03 المتضمن الموافقة على الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض الجريدة الرسمية، عدد 64، سنة 2003.

[3] الأمر 06/05 المؤرخ بـ23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية عدد59، لسنة 2005.

[4] الرومي محمد الأمين، المرجع السابق، ص 132.

ثانيا: طريقة التحويل غير المباشرة (Off–Line):

هذه الطريقة تعتمد على التوقيع اليدوي (التوقيع بخط اليد) من أجل تحويل ثمن بضاعة أو الخدمة من رصيد المستخدم (حامل البطاقة) إلى رصيد البائع أو مقدم الخدمة وتتم هذه العملية عن طريق تسليم البطاقة إلى البائع أو مقدم الخدمة فيقوم هذا الأخير بتدوين البيانات الموجودة على البطاقة(البيانات الخاصة بالحامل والبيانات الخاصة بالبنك المسوق لها) بالإضافة إلى قيمة البضاعة أو الخدمة على فاتورة، فيقوم المشتري بالتوقيع عدة نسخ من هذه الفاتورة فيأخذ البائع فاتورة والثانية تبقى لدى المشتري بعد ذلك ترسل واحدة من الفاتورات الموقعة للجهة المسوقة للبطاقة من أجل تحويل قيمة السلعة أو الخدمة إلى رصيد البائع أو مقدم الخدمة.

وخلاصة القول أن هذا النوع من البطاقة يعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى البنك في حسابات جارية لمقابلة المسحوبات المتوقعة للعميل حامل البطاقة ويتميز هذه النوع من البطاقات بأنه لا يعطي للعميل أي ائتمان إذ أنه يمكن العميل الوفاء بقيمة السلع والمشتريات والخدمات بدلا من الوفاء النقدي.

الفرع الثاني

بطاقة السحب الآلي (A.T.M) (Cash card)

إن العديد من البنوك والمؤسسات المالية الكبرى ساهمت إلى حد بعيد في تنوع وانتشار بطاقات الائتمان وذلك بهدف تطوير مؤسساتها من ناحية والحصول على أرباح من ناحية أخرى.

<< وبتنوع هذه المؤسسات تنوعت البطاقات وذلك باختلاف الغاية من إصدارها ومن المحتمل أن تؤدي البطاقة الواحدة أكثر من غرض في آن واحد>> [1].

[1] عبد المجيد ثروت، التوقيع الالكتروني ماهيته مخاطره ومدى حجيته في الإثبات، مكتبة الجلاء الجديدة، ص82.

ومن هذه البطاقات بطاقة <<السحب الآلي هذه الأخيرة تمكن المستخدم من سحب النقود من الصراف الآلي وتعتبر هذه البطاقة أكثر أنواع البطاقات الالكترونية استخداما>> [1].
<<هذه البطاقة تسمح لحاملها سحب مبالغ مالية من رصيده وذلك بحد أقصى يحدده البنك ومتفق عليه بحيث لا يجوز سحب مبلغ أكبر من المبلغ المتفق عليه>> [2].
إن بطاقة السحب الآلي هي عبارة <<عن شريط ممغنط يحتوي على معلومات دقيقة عن حساب العميل حامل البطاقة ويتم التعرف عن هذه المعلومات بواسطة جهاز حاسوب تمت برمجته لقراءة هذه المعلومات>> [3].

لأجل ذلك نجد أن البنوك والمؤسسات المالية تنشأ منافذ أو شبابيك توزيع لها تعمل بهذه البطاقات في أماكن متعددة مثل المطارات – محطة القطار والمترو ومراكز التسوق الكبرى، وأن استخدام البنوك لهذا النوع من البطاقات من أجل تسهيل عملية السحب للعملاء.

وتلبية احتياجاتهم من النقود في فترات الراحة وخارج أوقات العمل أو عندما يكون البنك مغلقا وتتم عملية السحب عن طريق قيام العميل بإدخال بطاقته في الفتحة المخصصة في الجهاز الحاسب الآلي الذي يطلب منه إدخال رقمه السري الذي يمثل توقيع العميل الالكتروني فإذا كان هذا التوقيع صحيحا فإن الجهاز يطلب من المستخدم تحديد المبلغ المطلوب سحبه عن طريق الضغط على المفتاح الذي يفيد ذلك. فإذا كان للعميل رصيد لدى البنك فإن الجهاز يصرف المبلغ آليا ويعيد البطاقة للمستخدم ويسجل هذا المبلغ في الجانب المدين من حساب هذا المستخدم.

---

[1] الصمادي جازم نعيم، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية دار وائل للنشر عمان الأردن، الطبعة الأولى 2003، ص 27.

[2] يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص34.

[3] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 463.

<<وفي هذا النوع من البطاقات لا يكون هناك ائتمان لأن الجهاز سيرفض الصرف إذا لم يكن هناك رصيد كافي للعميل (المستخدم) ولكن هذا لا يمنع البنك من أن يوفر لعمليه غطاء معينا وفقا لاتفاق خاص بحد معين متفق عليه>>[1].

وبناء على ما تقدم فإن تمت تلك الإجراءات بصورة صحيحة وفقا لما اتفق عليه تتم عملية السحب ويحصل المستخدم على المبلغ المالي الذي يحدده مع شريط ورقي يثبت عملية السحب وتاريخ وساعة السحب والمبلغ المسحوب والمبلغ المتبقي والحد الأقصى المسموح بسحبه يوميا هذه الإجراءات حلت محل التوقيع التقليدي الذي يشترط لإتمام عملية السحب اليدوي أما السحب الآلي فأصبح يتم بدون توقيع مكتوب وإنما يكتفي بالرقم السري للعميل الذي يمثل توقيعا إلكترونيا.

أما بخصوص كيفية تطبيق التوقيع الالكتروني من خلال بطاقة السحب، فإنه من الناحية العملية يقوم البنك المسوق لبطاقة السحب الآلي بتسليم العميل البطاقة البلاستيكية مع رقم سري يتكون من أربعة خانات هذا الرقم يستخدم بدلا من التوقيع التقليدي ولإتمام عملية السحب يتعين إتباع الخطوات الآتية:

- الخطوة الأولى المتمثلة في إدخال بطاقة السحب الآلي في جهاز الصراف الآلي.
- الخطوة الثانية إدخال الرقم السري الخاص بالبطاقة وأن الشريط الممغنط الخاص بالبطاقة يحتوي على الرقم السري وبهذه الخطوة يكون مستخدم البطاقة قد أبدى رغبته في إتمام العملية (التعبير عن إرادة إتمام التصرف) و الرقم السري هو توقيع ولكن بشكل الكتروني.

---

[1] –محمد الشافعي، المرجع السابق، ص21.

– بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية ندوة الأعمال المصرفية المجلد 5 المرجع السابق، ص1958.

- الخطوة الثالثة تحديد العملية المصرفية (سحب – إيداع – تحويل من رصيد إلى رصيد) بالإضافة إلى البطاقات الالكترونية المذكورة أعلاه توجد بطاقة أخرى تدعى بطاقة الائتمان Credit card هذه البطاقة تمنح لصاحبها الحق في الحصول على تسهيل ائتماني من مصدرها فحامل البطاقة يقدمها للتاجر ويحصل على المشتريات أو الخدمات المرادة ويتم دفع مقابلها من المؤسسة المالية أو البنك مصدر البطاقة على أن يلتزم مستخدم هذه البطاقة بدفع قيمة المشتريات أو الخدمة لاحقا للبنك على دفعات وفي حدود سقف معين متفق عليه مسبقا وهذا النوع من البطاقات يختلف عن بطاقة الوفاء التي يتم فيه التسديد مباشرة بعد تلقي كشف بملغ المشتريات والخدمات، كما سلف توضيحه.

<<إذن بطاقة الائتمان تضمن الحصول على ائتمان حقيقي بسقف معين لمدة محددة بصرف النظر عن وجود رصيد للعميل من عدمه>> [1].

وهذا ما هو مجسد في بطاقات الائتمان العالمية كالفيزا Visa– الماستر كارد Master Card والأكسس Access وهذه البطاقات تمنح في الغالب بعد الحصول على ضمانات عينية أو شخصية.

يتم الوفاء بهذه البطاقات بالشكل التقليدي المستخدم في البطاقات التقليدية بحيث يتم إرسال رقم بطاقة الائتمان للتاجر الذي يقوم بعملية التأكد من القدرة المالية لهذه البطاقة عندما يتأكد من ذلك يقوم صاحب البطاقة بالتصديق على قسيمة الشراء وبهذه القسيمة المصادق عليها يتم تحصيل المبلغ المطلوب وتتم عملية التحويل بإدخال رقم التعريف الشخصي الذي يكون بمثابة توقيعا إلكترونيا.

---

[1] محمد رأفت عثمان، ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها وتمييزها عن غيرها، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد بتاريخ 1 إلى 12 ماي 2003 المجلد الخامس، ص 622.

ويتم سحب الأموال بشكل مباشر أو عن طريق تحويل رصيد من حساب إلى آخر. وهذه العملية تعتبر وسيلة من وسائل الوفاء الالكتروني. أما كيفية تطبيق التوقيع الالكتروني في بطاقة الائتمان فإنه يكون عن طريق استخدام التوقيع الرقمي لأن كل شخص حامل لهذه البطاقة لديه ما يعرف بمدخل الدفع الآمن وهو نظام تشفير هذا النظام يتولى نقل البيانات الخاصة ببطاقة الائتمان والمعلومات المالية بشكل آمن من الموقع الخاص بالعميل إلى مراكز بطاقة الائتمان.

<<كما يتم من خلال نظام الكشف عن بيانات البطاقة والتأكد من صلاحياتها وتحويل مقابل المشتريات أو الخدمة من رصيد المشتري إلى رصيد البائع بطريقة إلكترونية>> [1].

ويخصص لكل شخص يملك برنامج مدخل الدفع الآمن توقيع رقمي يستخدمه عند الحاجة.

المطلب الثاني

التوقيع الالكتروني في أنظمة الدفع الإلكترونية

إن التطور الذي عرفته التجارة الإلكترونية يرجع في الأساس إلى تطور وسائل الدفع الالكترونية التي تعتمد في أداء وظائفها على وسائط إلكترونية بالإضافة إلى أنها تتمتع بالسرعة والمرونة في تسوية المدفوعات فمن غير الجائز عملا أن تكون هناك تجارة إلكترونية متقدمة من غير وسائل دفع حديثة ومن غير تطور مستمر لوسائل الدفع. خاصة وأن تحويل مقابل السلع أو الخدمات هو حجر الزاوية في التجارة عموما وفي نجاح التجارة الالكترونية خصوصا.

إن اتساع رقعة المعاملات عن طريق شبكة الانترنت أدى إلى تطور كافة وسائل الدفع المعروفة لتتناسب ومقتضيات هذه التطورات فقد تم تطوير استخدام الأوراق التجارية

[1] حامد هند محمد، المرجع السابق، ص 105.

والاعتماد المستندي وكذلك أنظمة الدفع الالكتروني التي أوجدها التطور العلمي والتكنولوجي والسؤال المطروح ما هو دور التوقيع الالكتروني في ترسيخ التعامل بهذه الأدوات؟ للإجابة عن هذا السؤال قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع

الفرع الأول: الأوراق التجارية الالكترونية والاعتماد المستندي الالكتروني.

الفرع الثاني: النقود الرقمية والدفع عبر الوسائط الإلكترونية المصرفية.

الفرع الثالث: الحكومة الالكترونية.

الفـــــرع الأول

الأوراق التجارية الالكترونية والاعتماد المستندي الالكتروني

لقد قامت بعض المؤسسات المالية والبنوك بتطويع كافة وسائل الدفع المعروفة لتتناسب مع مقتضيات التجارة الالكترونية وقد جرى تطوير استخدام الأوراق التجارية إلى نظام الأوراق التجارية الالكترونية وهذا نظرا لما تحققه هذه الطفرة من اقتصاد في المال والوقت.

أولا: الشيكات الالكترونية:Electronic Cheque

يعتبر الشيك أداة وفاء مثل النقود، وبهذه الوظيفة يؤدي دورا هاما في الحياة الاقتصادية وفي المعاملات اليومية كما يحقق مصلحة اجتماعية هامة إذ يقلل من مخاطر حمل النقود وما ينجر عنها من جرائم ويساهم في الحد من كمية النقود المتداولة ويشجع على إيداع النقود بالبنوك، خاصة وأن المدين يفي بدينه عن طريق تسليم دائنه مبلغ السلعة أو مقابل الخدمات كما يفي به (الدين) عن طريق سحب شيك لمصلحة الدائن بهذا المبلغ.

إن عملية إصدار الشيكات تتم في الغالب بشكل يدوي ونظرا لكون الشيك أداة وفاء تستطيع أن تحل محل الوفاء النقدي فإن الإقبال عليها تعاظم يوما بعد يوم، وعلى سبيل المثال فإن بنك Credit Lyonnais يقوم بمخالصة وتسوية 3 مليون شيك يوميا، ولا شك أن عملية مراقبة مطابقة التواقيع تشكل عائقا في إنجاز هذه المعاملات.

لذلك فإن البنوك في فرنسا لجأت إلى نوع آخر من الشيكات وهو الشيك الالكتروني الذي يصدر عبر الحاسب الآلي " هذه الشيكات الالكترونية أصبحت من الوسائل الحديثة المستعملة في الدفع حيث يمكن بواسطتها الوفاء عبر شبكة الانترنت، والشيك الالكتروني لا يختلف كثيرا عن الشيك الورقي فما هو إلا بديلا رقميا يتم تحريره وسحبه إلكترونيا" [1].

من وسائل الدفع الالكترونية التي ظهرت حديثا نجد التحويلات المالية الالكترونية والشيكات الالكترونية، هذه الأخيرة تعتبر مكافئة للشيكات الورقية التقليدية -إن الشيك الالكتروني هو المكافئ الالكتروني للشيكات التقليدية المتداولة- وهناك من يتوقع أن تحل محلها في المدى القريب أو المتوسط أما التحويلات المالية الالكترونية فقد أصبحت ضرورية سواء للبنوك التقليدية أو الالكترونية لما تقدمه من مزايا.

والشيك الالكتروني هو عبارة عن وثيقة الكترونية تحمل التزاما قانونيا هو نفسه الالتزام في الشيكات الورقية ويتضمن نفس البيانات الأساسية ويختلف عنه من حيث طريقة الكتابة، ويتم التوقيع عليه إلكترونيا ويتضمن البيانات التالية:

- رقم الشيك.
- اسم الساحب (الدافع).
- رقم حساب الدافع.
- اسم البنك (المسحوب عليه).
- اسم المستفيد.
- المبلغ المالي الذي سيدفع.
- نوع العملة المستعملة.
- تاريخ الصلاحية والتوقيع الالكتروني للدافع.

[1] نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الالكتروني والنقود الرقمية دراسة مقارنة، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون سنة 2003 جامعة الإمارات العربية المتحدة كلية الشريعة والقانون المنعقد من 1إلى 12 ماي 2013، المجلد الأول، ص67.

والشيك الالكتروني هو التزام قانوني بسداد مبلغ معين ومحدد في تاريخ محدد لصالح مؤسسة أو شخص معين ويتضمن هذا الشيك ذات بيانات الشيك الورقي. وهو يتمتع بذات القيمة المعترف بها للشيك الورقي في البلدان المقرة بالتوقيع الالكتروني.

وبعبارة أخرى فإن الشيك الالكتروني هو رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك (الساحب) إلى مستلم الشيك (حامله المستفيد) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يتعامل عبر الانترنت.

إن التشريع الجزائري وبموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 نص في أحكام المادة 502 منه: (... يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما) وهذا يعني أن المشرع في القانون التجاري قد اتجه إلى الاعتراف بوسائل الدفع الالكترونية ومن بينها الشيك الالكتروني وهو ما يعني اعتراف المشرع بالطريقة الالكترونية في تقديم شيك سواء للمخالصة أو المقاصة الالكترونية.

أما بخصوص طريقة تحرير الشيكات الالكترونية وتوقيعها إلكترونيا فإنه من متطلبات الشيك الالكتروني أن يكون للأطراف المتعاملة به (الساحب والمستفيد) حسابات جارية في بنك واحد يعترف بالتعامل بالشيك الالكتروني. إذ وضع توقيع الكتروني لكل من المشتري والبائع ويتم تسجيلها في قاعدة بيانات البنك.

-عندما يقوم الساحب بالمعاملة التجارية سواء كانت عملية شراء أو تلقي خدمات يحرر شيكا بمبلغ المشتريات أو مقابل الخدمة ويوقعه إلكترونيا ثم يشفره وفي الحياة العملية أن عملية تكوين البيانات والتوقيع تتم معا، أو توقيع الشيك دون تشفير البيانات.

-إرسال الشيك بعد تحريره وتوقيعه من الساحب إلى المستفيد بواسطة بريده الالكتروني أو أي وسيلة إلكترونية أخرى.

-عند استلام المستفيد للشيك وفك الشفرة والإطلاع على البيانات والتحقق من هوية الساحب والمبلغ يقوم بوضع توقيعه على الشيك الالكتروني ويرسله إلى البنك هذا الأخير (أي البنك) يقوم بمراجعة الشيك والتحقق من صحة البيانات والأرصدة.

<<فإذا كانت مطابقة وجميع البيانات صحيحة يتولى البنك عندئذ تحويل قيمة الشيك من رصيد الساحب إلى رصيد المستفيد. ويقوم بإخطار الأطراف بإتمام العملية>> [1].

ومن المزايا التي يحققها الشيك الالكتروني:

– إمكانية استبدال الشيك الورقي والحلول محله ويتم الحصول على الشيك الالكتروني من خلال شبكة الانترنت بصورة سريعة دقيقة وآمنة وأن كلا من الشيكين يحقق نفس الوظيفة وهي الوفاء والحلول محل النقود في الوفاء.

– تستعمل الشيكات الالكترونية في تسوية الصفقات الالكترونية بمختلف أنماطها سواء كانت إدارية أو تجارية ويتبع الشيك نسخة من الفاتورة الالكترونية المراد دفع ثمنها عن طريق البريد الالكتروني.

– أن الشيكات الالكترونية تخضع لذات النظام القانوني الخاص بالشيكات الورقية لذلك فإن الشيكات الالكترونية تحرر الكترونيا وتوقع إلكترونيا، ويتم تظهيرها بذات طرق التظهير في الشيك العادي (الورقي) ويتم التحقق من سلامة التوقيع الالكتروني عن طريق المضاهاة الآلية والالكترونية هذا العمل يقوم به وسيط (جهة التخليص) عن طريق موظف مختص بفحص الشيك وذلك عن طريق استعمال وسيلة فك الشفرة والرموز المعدة لذلك وأن الوقت الذي يستغرقه جهاز فك الرموز أقل بكثير من الوقت الذي يستغرق لفحص التوقيع العادي وأن مسألة التحقق من سلامة التوقيع الالكتروني الموضوع على الشيك الالكتروني تتم من خلال شبكة الانترنت أو من خلال مقدمو خدمات التصديق.

---

[1] رضوان رأفت، المرجع السابق، ص 69.

ثانيا: السفتجة الالكترونية (الكمبيالة الالكترونية)

المشرع الجزائري وبموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 أضاف فقرة ثالثة إلى أحكام المادة 414 من القانون التجاري تنص هذه الفقرة على أنه: "يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما" وبذلك يكون المشرع بهذا النص قد استعمل مصطلحا أكثر دقة المتمثل في الوفاء الكترونيا بالسفتجة الالكترونية.

تعرف السفتجة بكونها<< ورقة تجارية تتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد مبلغا معينا في ميعاد معين>> [1].

تعد السفتجة هي الأخرى من أهم الأوراق التجارية فهي تقوم بوظيفة اقتصادية باعتبارها أداة وفاء وائتمان وصرف (تداول النقود) وتعد من الأعمال التجارية وقد عرفت من طرف الدكتور أحمد شكري السباعي <<بأنها عبارة عن تصرف بإرادة منفردة من الناحية القانونية الصرفة تحرر وفقا لبيانات حددها القانون وتتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب موجها إلى شخص آخر مدين له يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا معينا من النقود بمجرد الإطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين إلى شخص ثالث يسمى المستفيد>> [2].

التشريع الجزائري حدد في القانون التجاري البيانات الإلزامية الواجب توافرها في الكمبيالة وهذا بحسب المادة 389 منه والتي نصت: (تشمل السفتجة على البيانات الآتية:

- تسمية سفتجة في متن السند وباللغة المستعملة في تحريره.
- أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين.

[1] K. Cherit: Technique et pratiques bancaires (financières et boursières) –Grand Alger livres G.A.L-Alger-2003-, page 222.

[2] أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية الجزء الأول آليات وأدوات الائتمان "الكمبيالة والسند لأمر" الطبعة الأولى سنة1998، ص من 21إلى25.

- إسم من يجب عليه الدفع المسحوب عليه.
- تاريخ الاستحقاق.
- المكان الذي يجب فيه الدفع.
- اسم من يجب الدفع له أو لأمره.
- بيان تاريخ إنشاء السفتجة.
- توقيع من أصدر السفتجة (الساحب).

وما يجب التنويه عنه هو أن السفتجة الالكترونية لا تختلف عن السفتجة العادية الورقية من حيث المحتوى أي أن جميع البيانات التي يشترطها القانون في أن تكون مدرجة في السفتجة الورقية تكون كذلك في السفتجة الالكترونية ولا يجوز إغفال أي منها عند إصدار الكمبيالة الالكترونية والفرق الوحيد يكمن في طريقة الإصدار.

فالكمبيالة الالكترونية يحررها الساحب بطريقة الكترونية عن طريق شريط ممغنط يصدر فيها الكمبيالة وترسل إلى البنك الذي يتعامل معه الساحب عن طريق الحاسب الآلي وقبل تاريخ الاستحقاق بوقت معقول يقوم بنك الساحب بإرسالها إلى المسحوب عليه المذكور بالكمبيالة ويقوم المسحوب عليه بمراعاة ما إذا كانت مستحقة الدفع أم لا وهذا بعد فحصها من توافر جميع البيانات اللازمة وعندها يقوم برد الكمبيالة الكترونيا إلى البنك موقع عليها بقبول تسديدها.

"وتتم عملية التسديد عن طريق التحويلات الالكترونية بتقييد مبلغ الكمبيالة في جانب الدائن لحساب المستفيد في البنك الذي يحدده ويقيد هذا المبلغ في جانب المدين لحساب الساحب"[1].

[1] محمد بهجت قايد – الأوراق التجارية الالكترونية، الكمبيالة الالكترونية، السند لأمر الالكتروني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى سنة 2001، ص 20،21.

فبالإضافة إلى شروط الكمبيالة الورقية المطلوبة في الكمبيالة الالكترونية هناك شروط خاصة بهذه الأخيرة تتمثل في الآتي:

-ضرورة إصدار الكمبيالة الالكترونية على نموذج مطبوع بطريقة تسمح بالاطلاع عليها بوسائل الاطلاع الآلية والبصرية أي بوسائل المعلوماتية الحديثة (جهاز الإعلام الآلي).

-أن تتضمن البيانات الخاصة بالمسحوب عليه وهي اسم البنك المسحوب عليه رقم حسابه في هذا البنك أو اسم الفرع الذي يوجد لديه حساب المسحوب عليه وتسمى هذه البيانات بالبيانات الشخصية المصرفية للمسحوب عليه.

-تقتضي الكمبيالة الالكترونية الاتفاق المبدئي بين الأطراف المتداخلة في قبولها واستخدامها أو التعامل بها.

إن استخدام الأوراق التجارية الالكترونية هو نتيجة حتمية للتطور المذهل الذي حققته التجارة الالكترونية وتسهيلا للمعاملات بين الأشخاص يتعين استبدال الأوراق التجارية العادية (الورقية) بالأوراق التجارية الالكترونية خاصة وأنها قادرة على تأدية وظيفة الوفاء والائتمان بصورة متميزة عن الأوراق التجارية العادية سواء من حيث السرعة والاقتصاد في الجهد وبشكل يؤمن الثقة في المعاملات التجارية ويساعد على نمو التجارة الالكترونية لأن هذا النمو مرتبط أساسا بعنصر السرعة في وسائل الدفع من جهة، ومن جهة أخرى فان الأوراق التجارية العادية أصبحت شبه عاجزة عن القيام بهذا الدور.

ثالثا- الاعتماد المستندي الالكتروني

الاعتماد المستندي هو من عمليات الائتمان قصيرة الأجل يكتسي أهمية اقتصادية كبيرة في مجال عقود التجارة الدولية فهو وسيلة مضمونة لتسوية المدفوعات الناجمة عن المبادلات الدولية الضامنة للمصالح المتعارضة للبائع والمشتري.

وقد تعددت التعاريف الفقهية للاعتماد المستندي فقد عرفه الدكتور علي البارودي <<بأنه تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل ويسمى الآمر أو معطي الأمر لصالح

الغير المصدر ويسمى المستفيد يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالة مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة>>[1].

وعرفه الدكتور جمال الدين عوض على أنه <<الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر أيا كانت طريقة تنفيذه أي سواء بقبول الكمبيالة بالوفاء لصالح عميل لهذا الآمر ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال>> [2].

إن ثورة المعلوماتية في العمل المصرفي أثرت بشكل مباشر الاعتماد المستندي الذي كانت إجراءاته إلى وقت قريب تتم بصورة تقليدية وهذا راجع إلى غياب عنصر الثقة بين طرفيه وإصدار الاعتماد المستندي جاء لتبديد هذا الريب القائم.

لأنه بمناسبة تنفيذ العقد يشترط البائع على المشتري في عقد البيع أن يطلب من بنك بعينه بأن يتعهد تجاهه بدفع الثمن أي (ضمان الوفاء) أو قبول كمبيالة يسحبها هو بالثمن متى سلمه مستندات تنفيذ العقد والتي في مقابلها يستلم المشتري البضاعة من الناقل البحري، غير أن التطور الحاصل لم يبق على هذه الطريقة واستبدلت بطريقة أخرى يعتمد فيها على الإعلام الآلي كأساس لإتمام هذه الإجراءات، بحيث أصبح المستورد للبضاعة يقوم بإرسال طلبه لإصدار الاعتماد المستندي عن طريق جهاز الحاسب الآلي من خلال شبكة الانترنت (البريد الالكتروني) وفي حالة الموافقة من البنك مصدر الاعتماد على طلب العميل فإنه يرسل إليه نص الاعتماد المستندي بذات الطريقة أو الوسيلة (جهاز الإعلام الآلي + شبكة الانترنت) وقبل انتهاء الأجل المحدد في الاعتماد مستخدما ذات

---

[1] علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، بيروت دار النشر غير مذكورة، طبعة 1991، ص376.

[2] علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارنة دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1993، ص 11.

الوسيلة يدعو كافة الأطراف المشاركة في المعاملة كالشاحن والمؤمن إلى إرسال مستنداتهم للبنك مصدر الاعتماد عبر شبكة المعلوماتية.

أما إذا كان الاعتماد المستندي معززا فإن البنك مصدر الاعتماد يقوم بإرسال رسائل الالكترونية الواردة إليه للبنك المبلغ هذا الأخير يفحص الرسائل المرسلة للتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد المستندي الالكتروني فإن وجدها متطابقة مع شروط الاعتماد فإنه يدفع للمستفيد بصورة الكترونية عن طريق إجراءات التحويل الالكتروني للمبالغ المالية إلى حسابه، وإجراء قيد معاكس في حساب العميل طالب فتح الاعتماد بذات الوسيلة الالكترونية وفي حالة عدم التطابق فبذات الوسيلة الالكترونية وفي حالة عدم التطابق فإن البنك يقوم بإخطار المستفيد بذلك بطريقة الكترونية وقد يتم الدفع في الاعتماد المستندي عن طريق الكمبيالة الالكترونية.

إن قواعد الغرفة التجارية الدولية رقم 500 لسنة 1994 الخاصة بالاعتمادات المستندية أشارت إلى استخدام الوسائل التقنية الحديثة مثل الحاسب الآلي في تبادل المستندات والوثائق الخاصة بالاعتماد المستندي وهذا ما جاءت به المادة 20 الفقرة ب.

<<التي اعتبرت أن المستندات الالكترونية مقبولة شأنها في ذلك شأن المستندات الأصلية ما لم تنص شروط الاعتماد على خلاف ذلك بشرط أن يؤشر عليها أنها أصلية>> [1].

الفـــــرع الثـــــاني

النقود الرقمية والدفع عبر الوسائط الإلكترونية

ان التطور الحاصل في قطاع الاتصالات ومجال المعلوماتية لم يكن له الأثر المباشر فقط على التجارة الالكترونية وإنما مس أنظمة الدفع بين الأشخاص الذي يعتمدون على الوسائط الالكترونية في إتمام تصرفاتهم إذ تتمتع أنظمة الدفع الالكتروني بالسرعة والسهولة ومن بين أنظمة الدفع التي أوجدها التطور التقني ما يلي:

[1] الدكتور، محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 23.

أولا: النقود الرقمية Digital Cash:

تعتبر النقود الالكترونية من أدوات الدفع الحديثة الالكترونية التي بدأ صيتها ينتشر عبر أنحاء العالم وتعد هذه النقود من أهم العوامل التي ساعدت على انتشار التجارة الالكترونية على مستوى العالم. نظرا لسهولة الدفع والسداد وإجراءات التحويلات البنكية بمقتضاها.

وتعرف النقود الالكترونية <<على أنها قيمة نقدية مخزنة على وسيلة الكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي وتستعمل كأداة للدفع>> [1].

كما تعرف أيضا <<مستودع للقيمة النقدية يحتفظ على شكل الكتروني وتستعمل للدفع فهي إذا نقود يتم تخزينها بواسطة الخوارزميات في المعالجات وأجهزة كمبيوتر أخرى>>[2].

كما تعرف النقود الالكترونية على أنها: <<بطاقات الكترونية تحتوي على مخزون نقدي فهي أرصدة نقدية مسجلة الكترونيا على بطاقة تخزين القيمة>> [3].

وقد عرف التوجيه الأوربي رقم 2000/46 الصادر في 2000/09/18 النقد الالكتروني بأنه: قيمة نقدية مخلوقة من المصدر مخزنة على وسيط الكتروني وتمثل إيداعا ماليا تكون مقبولة كوسيلة دفع من قبل الشركات المالية غير الشركة المصدرة وقد شبه البعض. <<النقود الالكترونية بوضع ورقة نقدية في غلاف وإرسالها بالبريد في عالمنا المادي فالنقود الالكترونية تعني إرسال القيمة النقدية بذاتها عبر الانترنت>>[4].

---

[1] الشافعي محمد إبراهيم محمود، –النقود الالكترونية– الهيئة العليا لتطوير الرياض، –المال والاقتصاد الموقع الالكتروني، www.arriadh.com

[2] السيد أحمد عبد الخالق، التجارة الالكترونية والعولمة منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية مصر الجديدة القاهرة، سنة 2006، ص 184–188.

[3] صلاح زين الدين، –دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الالكترونية بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية جامعة الإمارات العربية المتحدة شهر ماي 2003، ص317.

[4] صلاح العربي، –الشيك الالكتروني والنقود الرقمية، المرجع السابق، ص69.

والنقود الالكترونية لها تسميات عديدة فهناك من يسميها بالنقود الالكترونية أو العملة الالكترونية أو النقود الافتراضية وهي تسميات مترادفة تعبر عن معنى واحد يتم بواسطتها الدفع عبر الاتصال المباشر وليس نقل البيانات الخاصة بوسيلة الدفع هذا وقد عرف المدير الإقليمي للبريد بفرنسا Guy Sabatier النقود الالكترونية بأنها <<وسيلة جديدة للدفع التقليدي يجري استخدامها بصورة أساسية لتسوية المدفوعات سواء في وجود اتصال أو عدم وجود اتصال والتي تكون المبالغ المقررة لها قليلة>>[1].

ورغم تعدد وسائل الدفع الالكترونية إلا أن النقود الرقمية تعتبر الأكثر تماشيا مع التجارة الالكترونية بالمقارنة مع أنظمة الدفع الحديثة وهذا لطبيعتها اللامادية التي تسمح بتمريرها عبر شبكة الانترنت.

بالإضافة إلى أنها تحول من المشتري إلى البائع دون أن تمر على حساباتهم أي أن تسليمها يكون بالشكل المباشر من الدافع إلى المتلقي كما في النقود الرقمية الصادرة عن البنوك ومن مميزات هذه النقود أنها غير قابلة للتزوير أو السرقة لانعدام الكيان المادي فيها لأن مصدرها إحدى مؤسسات الأموال الرقمية كمؤسسة Pay Pal بالاشتراك مع بنك حقيقي (كبنك Mark Twain Bank)، وتعد مؤسسة Pay Pal من أكبر المؤسسات العاملة في مجال تقديم النقود الرقمية وتقدم هذه المؤسسة للأشخاص والشركات الخاصة والشركات خدمة البريد الالكتروني لتبادل النقود الرقمية بسرعة وأمان وتكلفة زهيدة وتعتمد هذه المؤسسة في عملها على البنية التحتية للبنوك التي تظم الحوالات وبطاقات الدفع.

وللنقود الالكترونية أشكال متعددة منها:

محفظة النقود الالكترونية: تسمى كذلك ببطاقات مختزنة القيمة وهي بطاقة سابقة عن الدفع معدة للاستخدام في أغراض متعددة تحتوي على دائرة إلكترونية يتم استعمالها عن طريق الموزع الآلي.

[1] Guy Sabatier, le porte –monnaie Electronique et le porte –monnaie virtuel. Puf, coll (que sais –jer ?), Mai 1997 page32.

محفظة النقود التقديرية: تسمى كذلك بنقود الشبكة أو النقود السائلة الرقمية وهي آلية للدفع مختزنة القيمة في شكل بطاقات مدفوعة سلفا تستخدم للدفع عبر الانترنت ويرى بعض الاقتصاديين أن النقود الالكترونية تستوفي الوظائف التقليدية الرئيسية للنقود وأنها وسيط للتبادل ومقياس للقيم ومستودع للقيمة ويرى البعض الآخر عدم اعتبارها نقودا أو شيكات أو قروض وإنما هي تماثل وتوافق الشيكات السياحية ومن ثم لا تعد نقودا خالصة.

وأن النقود الرقمية تدار بأساليب متعددة يمكن حصرها في: الأسلوب الأول: تدار النقود الالكترونية بواسطة بطاقة ذكية (Smart Card) تتضمن بيانات متعددة كالبيانات المتعلقة بالبطاقة والبيانات الخاصة بحاملها كالاسم بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بالمؤسسة المصدرة <<وتخزن على هذه البطاقة النقود الرقمية في شكل وحدات حسب القيمة التي يريدها مالكها هذه البيانات تتم قراءتها بواسطة شاشة صغيرة مثبتة عليها>>[1].

من مميزات هذه البطاقة <<إمكانية تخزين إحدى خواص الإنسان الفيزيائية مثل البصمة – مسح شبكة العين – نبرة الصوت لذاكرة هذه البطاقة وتشغيلها بدلا من استخدام الرقم السري وتمتاز أيضا بإمكانية استخدامها في شبكة الانترنت لتحديد هوية حاملها والحصول على البريد الالكتروني بدلا من استخدامه تقنية التشفير>> [2].

وتصدر النقود الالكترونية من شركات عالمية مالية مثل شركة موندكس Mondex التي تصدر بطاقات ذكية لإتمام المعاملات بحيث يقتصر التعامل بالنقود الالكترونية على حامل بطاقات موندكس التي تحمل التوقيع الرقمي للشركة ففي المعاملات التجارية يخصم من بطاقة المشتري ويضاف المبلغ المخصوم إلى بطاقة البائع هذه البطاقات يمكن استعمالها أيضا لسحب المبالغ المالية من أجهزة الصراف الآلي (A.T.M).

---

[1] رضوان رأفت، عالم التجارة الالكترونية منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة سنة 1999، ص14.

[2] wright (J) smart cards : legal and regin latory challenges Bankers magazine, March – April 1997, P24.

<<كما يمكن استخدام بطاقة الموندكس في تحويل أي مبلغ مالي من رصيد صاحبها أو حاملها إلى أي رصيد آخر بواسطة الهاتف المحمول>> [1].

كما تصدر أيضا شركة ديجي كاش Digi Cash نقودا الكترونية فمن يحوزها أو يحملها يتملك قيمتها المالية دون معرفة شخصية حامل النقود، وهناك نظام آخر بموجبه يتم إصدار النقود الالكترونية يعرف باسم سيبر كاش Cyber Cash وهذا في شكل بطاقات ائتمان يستطيع العميل من خلالها إتمام التعاملات التجارية والتسوق والوفاء بثمن البضاعة أو مقابل الخدمة عبر شبكة الانترنت.

الأسلوب الثاني: بموجبه يقوم الشخص الراغب في التعامل بالنقود الرقمية بفتح حساب بنكي لدى بنك يقبل استبدال النقود الورقية بالنقود الالكترونية وعندما تتم عملية التحويل (الاستبدال) توضع هذه الأموال (النقود الرقمية) على ذاكرة البطاقة الذكية الخاصة بالعميل أو على ذاكرة حاسبه الآلي وعندما يريد استخدام هذه النقود الرقمية في الوفاء (السداد) يقوم بإرسال أرقامها إلى التاجر هذا الأخير يتحقق من الأرقام من خلال بنك العميل ثم يحولها إلى أي بنك يتعامل بالنقود الرقمية فيقوم هذا البنك بتحويل النقود الرقمية إلى بنك العميل ومن مميزات النقود الرقمية أن استعمالها لا يسمح للتاجر معرفة شخصية العميل كما أن البنك المسوق لها لا يعرف مستخدم النقود الرقمية لأن وظيفته تقتصر على توثيق النقود دون معرفة صاحبها وهذا ما يعرف بالتوقيع الأعمى.

<<وتستعمل النقود الرقمية في عملية السداد مع التاجر الذي يتعامل بها والعميل عندما يصدر أمرا بالدفع عن طريق حاسبه الآلي فإن البنك لا يستجيب لهذا الأمر بالدفع إلا بعد أن يدخل العميل توقيعه الرقمي>> [2].

[1] Gragor (w) and sandler (J), the ont look for gonsumer payment services Bankers magazine, January-february 1995, Page 18.

[2] حامد هند محمد، المرجع السابق، ص109.

ثانيا: الدفع عبر الوسائط الالكترونية:

إن التطور الذي عرفته التجارة الالكترونية كان له بالغ الأثر في تطور وسائل الدفع الالكتروني فقد أوجد التقدم التقني وسائل دفع جديدة غير تلك المذكورة لخدمة التجارة الالكترونية ومن بين هذه الوسائل:

1- الهاتف المصرفيPhone Bank: مع تطور الخدمات المصرفية على المستوى العالمي أنشأت البنوك خدمة الهاتف المصرفي لتفادي طوابير العملاء في الاستفسار عن حساباتهم أو بعض الخدمات الأخرى. بحيث تدوم هذه الخدمة 24 ساعة يوميا وخلال العطل الرسمية والأعياد الدينية والوطنية كما تمكن هذه الخدمة من سحب بعض المبالغ من هذه الحسابات وتحويلها لدفع بعض الالتزامات الدورية مثل: -دفع فواتير الهاتف الغاز الكهرباء فضلا عن تقديم جميع العمليات المصرفية <<وهكذا يختفي المفهوم التقليدي للبنك الثابت ويصبح عبارة عن رقم مخزن في ذاكرة الهاتف أو عبارة عن عنوان الكتروني على شبكة الانترنت العالمية ومن ثم يطلق عليه البنك المحمول أو الهاتف المصرفي>> [1].

وعملية الدفع بواسطة الهاتف المصرفي تتم عن طريق اتصال العميل مباشرة مع البنك الذي يتعامل معه وبعد تأكد البنك من هوية المتصل عن طريق رقم حسابه أو رقم بطاقته الالكترونية يقوم بتنفيذ العملية المطلوبة منه كما تتم كذلك عملية الدفع بواسطة رسالة قصيرة (SMS) من العميل إلى البنك الذي يتعامل معه تتضمن هذه الرسالة البيانات الخاصة بالعميل والمبلغ المراد تحويله.

كما تتم أيضا عملية الدفع من خلال ولوج العميل شبكة الانترنت وتصفح المواقع وما تعرضه من سلع وخدمات وبعد عملية الاقتناء يقوم العميل بدفع ثمن مشترياته إما بواسطة هاتفه المحمول، أو بإحدى وسائل الدفع مثل بطاقات الدفع أو النقود الرقمية.

[1] أحمد محمد غنيم، الإدارة الالكترونية -كلية التجارة جامعة المنصورة سنة 2004، ص 304-305.

والطريقة التي يتم بها تطبيق التوقيع الالكتروني في الهاتف المصرفي تتمثل في أن البنك الذي يتعامل بتقنية تقديم خدمة الدفع عبر الهاتف عند تعاقده مع العميل يخصص لهذا الأخير توقيعا في شكل رقم يستعمله عند الحاجة إليه أو بواسطة رقمه الخاص بالبطاقة الالكترونية، أو عن طريق توقيعه الرقمي الخاص بالشيكات الالكترونية أو النقود الرقمية.

2- الانترنت المصرفي Internet Bank

إن نظام الانترنت القائم على البنك المنزلي نظام له أهمية كبيرة على مستوى البنوك أو على مستوى العملاء الذين يتوفرون على خطوط الانترنت وله أشكال متعددة:

- توفير خدمات المصرفية.
- توفير الخدمات المصرفية لكل عملائها حتى في المناطق البعيدة التي لا تتوفر لهذه البنوك فروعا فيها.
- تمكن العملاء من التأكد من أرصدتهم لدى المصارف.
- يقدم وييسر لهم طريقة دفع الكمبيالات المسحوبة عليهم الكترونيا.
- يساعدهم أيضا ويرشدهم إلى الطريقة المثلى في إدارة المحافظ المالية من أسهم وسندات.
- كما يوضح للعملاء أشكال النشرات الالكترونية الإعلانية الخاصة لكل الخدمات المصرفية.
- يحدد طريقة تحويل الأموال من حسابات العملاء المختلفة.
- مد إمكانية عقد الاجتماعات عن بعد على شاشات الكمبيوتر وبمناقشة استفسارات العملاء واستقبال الردود والنصائح المالية من الخبراء المتخصصين في ذلك.
- يعمل الانترنت المصرفي على تبادل المعلومات في المؤسسة بحيث يدفع كل مساهم مبلغ معين عن استخدامه للانترنت.
- يعمل الانترنت على تحسين استخدام التقنيات التجارية مثل التسويق المباشر.

إذا نستطيع القول بأن التجارة الالكترونية قد أفرزت آليات ووسائل جديدة في مجال التعاملات التجارية فلم تعد وسائل التسوق التقليدية مجدية وهذا بسبب التغير الجذري في ثقافة التسوق من جهة ومن جهة ثانية أصبحت الانترنت أفضل فضاء للمتعاملين لذلك وجدت البنوك نفسها أمام حتمية توفير خدمات جديدة ومتعددة تساير هذا النوع من التسوق وذلك من خلال توفير وسيلة الدفع الالكتروني المباشر للعميل ولتحقيق هذه الغاية أنشأت البنوك لنفسها مواقع على شبكة الانترنت تستخدم وتستغل في دفع ثمن السلع أو مقابل الخدمات مباشرة دون الرجوع إلى موظفي البنك أو الاستعانة بوسائل الدفع التي سبق دراستها.

الفرع الثالث

الحكومة الالكترونية

بدأ مفهوم الحكومة الالكترونية يتبلور على المستوى العالمي في أواخر القرن 20 وأن ظهور هذا المفهوم بالشكل الرسمي كان خلال مؤتمر نابولي بايطاليا سنة 2001.

والحكومة الالكترونية تتمثل في المعاملات الإدارية الحكومية وكل الخدمات المقدمة للمواطن مثل تصاريح الخدمة وتصاريح العبور الجمركية ومصالح الحالة المدنية والقضاء وكذلك المراسلات الموجهة للحكومة التي تحرر بطريقة الكترونية. ويتم توقيعها إلكترونيا من طرف الموظفين العموميين العاملين بتلك الجهات.

وقد عرفت الحكومة الالكترونية من قبل البنك الدولي على أنها <<مصطلح حديث يشير إلى استعمال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات من أجل زيادة كفاءة وفعالية وشفافية الحكومة فيما تقدمه للمواطن من خدمات>> [1].

[1] طلال بن عبد الله حسين الشريف، الحكومة الالكترونية ثورة القرن الحادي والعشرين في تطوير الإدارة العامة تجربة المملكة العربية السعودية المكتب الجامعي الحديث القاهرة مصر سنة 2011، ص 80.

ولقد بادرت الجزائر في إرساء معالم الحكومة الالكترونية من خلال استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وهذا بخطة عمل تبنتها الوزارات فمثلا وزارة العدل أقامت شبكة ربط بين الجهات القضائية من خلال وضع شبكة موحدة بالإضافة إلى استخراج الوثائق والأحكام وتوقيعها بطريقة الكترونية –كما اعتمدت وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال على التوقيع الالكتروني من خلال بطاقات الدفع الالكترونية.

بالإضافة إلى وزارة التضامن الوطني التي أوجدت بطاقة الشفاء الالكترونية التي تستخدم كوسيلة غير مباشرة في الدفع هذه الأخيرة لاقت استحسانا كبيرا من المواطن لما وفرته من جهد ووقت وهي تطبق التوقيع الالكتروني لتضمنها بيانات خاصة بالمؤمن ورقم سري خاص به.

وكذلك من تطبيقات التوقيع الالكتروني هو القرار الذي اعتمدته وزارة الداخلية بخصوص جواز السفر وبطاقة التعريف ورخصة السياقة البيومترية التي سوف يبدأ بها العمل خلال السداسي الأول من سنة 2016.

أن التطور العلمي والتكنولوجي لوسائل الاتصال لا سيما الانترنت التي تعد من أضخم الشبكات العالمية لتبادل المعلومات والبيانات وهي اليوم الشغل الشاغل للعالم نظرا لما أحدثته من ثورة حقيقية في كل المجالات التجارية والاقتصادية والإدارية والقانونية وأن الانتشار السريع لهذه التقنية في المعاملات أدى بالضرورة إلى إيجاد آلية جديدة تتماشى مع استعمالات هذه التقنية وتم الاهتداء إلى التوقيع الالكتروني وبهذا فإن تطبيقات التوقيع الالكتروني لم تبق محصورة في النماذج المذكورة أعلاه. بل تعداه إلى مجال التعاقد عبر الانترنت فأصبح هناك ما يسمى بالتوقيع الالكتروني في التعاقد عبر البريد الالكتروني.

ويقصد بالبريد الالكتروني استخدام شبكة الحاسب الآلي في نقل الرسائل بدلا من الرسائل التقليدية. وذلك من خلال إنشاء بريد الكتروني (صندوق بريد الكتروني) خاص بكل شخص يتم من خلاله تبادل الرسائل.

ويسمح البريد الالكتروني للمستخدم بإرسال الرسائل الالكترونية إلى مستخدم أو مجموعة من المستخدمين مع حفظ الرسالة المرسلة في البريد الالكتروني <<وقد ازداد استخدام هذا النوع من الخدمة (خدمة تبادل الوثائق والمطبوعات والأفلام أيا كان حجمها) بشكل مذهل وكبير من قبل متعاملي شبكة الانترنت لما توفره من سرعة واقتصاد في الوقت>> [1].

حيث أنه وبالإضافة إلى تطبيق التوقيع الالكتروني في مجال التعاقد عن طريق البريد الالكتروني هناك صور أخرى لتطبيقات التوقيع الالكتروني.

أولا: التعاقد عبر شبكة المواقع

في الوقت الراهن أصبحت الشركات تعتمد على نظام عرض السلع والخدمات على شبكة المواقع، بحثا على مجال أوسع لممارسة التجارة وتطويرها وتقوم هذه التقنية على نظام تصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد، وتسجيل مواصفاتها وخصائصها وعرضها على موقع الانترنت الخاص بالشركة وتحديد سعرها أي الدعوة العالمية للتعاقد (الإيجاب الدولي للتعاقد) <<وفي مقابل هذا الإيجاب يكون القبول من الراغب في التعاقد والشراء بالضغط على مفتاح الموافقة حيث يظهر العقد المتعلق بالشراء والمعد سلفا من قبل الشركة العارضة يبين هذا العقد الشروط وكيفية التسليم والقانون الذي يحكم العقد>> [2].

ثانيا: التعاقد من خلال المحادثة عبر الانترنت:

المحادثة عبر الانترنت هي مساحات في الفضاء الالكتروني تسمح بالاشتراك في محادثات بين مستخدمي الانترنت <<وتتم عن طريق فتح المتخاطبين الصفحة الخاصة

[1] – أحمد خالد العجلوني، –التعاقد عن طريق الانترنت دراسة مقارنة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الإصدار الأول سنة 2002، ص16.
– حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص8.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2003، ص88.

به في ذات الوقت ويتم تمرير الخطاب عبر الشريط المخصص للكتابة للشخص الآخر وقد يكون التخاطب بالصورة والصوت في ذات الوقت>> [1].

تعتبر شبكة الانترنت فضاء ووسطا ممتازا لإبرام المعاملات والعقود سواء بين أشخاص في دولة واحدة أو أشخاص متواجدين بدول مختلفة وتعتبر أيضا مجالا للدفع المادي ببطاقات الدفع الالكتروني كما أصبحت الانترنت مركزا لأعمال الحكومات من خلال ما أصبح يعرف بالحكومة الالكترونية وبذلك يمكن القول بأن الانترنت وبما تتوفر عليه من آليات فقد أصبحت أداة لإبرام جل العقود وفي مختلف الميادين التي يمكن تنفيذها واقعيا غير أنه وحتى تكون هذه العقود الالكترونية صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية لا بد أن تكون موقعة من أطرافها ولن يتسنى ذلك إلا من خلال التوقيع الالكتروني.

المبحث الثاني

الجهات المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكترونية

من مميزات التجارة الالكترونية أو المعاملات الالكترونية سواء بين الأفراد أو بين الأفراد والإدارة أنها تعتمد في إجراءاتها على شبكة اتصال مفتوحة لا تحتوي على أي وجود مادي لذلك لا يمكن التعرف على هوية الأشخاص الذين نتواصل معهم، بالإضافة إلى أن أغلب العقود المبرمة في هذا المجال هي عقود بين غائبين وهذا لاختلاف زمان ومكان التعاقد.

إن غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة يقتضى وجوبا وبالضرورة وجود آليات وأساليب حماية تكفل ضمان عنصر الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر شبكة الانترنت وذلك من خلال قدرة هذه التقنية على تحديد هوية المتعاملين وتحديد حقيقة التعامل،

---

[1] – حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 9.

– أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 16.

والتأكد من صحة التوقيع والبيانات الشخصية وعدم التلاعب والعبث بالمحرر الالكتروني، ولتحقيق هذه الأهداف ارتأت التشريعات الدولية والإقليمية والوطنية ضرورة وجود طرفا ثالث محايدا موثوق به يعمل بطرقه الخاصة على تأكيد أن التوقيع الالكتروني صادر عن صاحبه وأنه صحيح وأن البيانات الموقعة لم يتم تزييفها أثناء إرسالها بالإضافة إلى تحديد مضمون الإرادة تحديدا كافيا وواضحا تمكن المتعامل من الاعتماد عليها في معاملاته.

ولا يتوقف دور الطرف الثالث (الوسيط) أو كما يسمى بمزود خدمات المصادقة أو مقدم خدمات المصادقة عند هذا الحد وإنما يقوم بربط هوية مرسل المحرر الالكتروني بالمفتاح العام المقابل للمفتاح الخاص الذي به يتم توقيع المحرر الالكتروني وذلك من خلال شهادة الكترونية تتضمن جملة من البيانات منها المفتاح العام.

ونظرا لما تتعرض له الأعمال الالكترونية من قرصنة واعتداء غير مشروعين تؤثر سلبا فيما تتطلبه هذه الأعمال من أمن وسرية فإن المهتمون بهذا الأمر يرون ضرورة توفر هذه المعاملات على عدة متطلبات المتمثلة في:

- شبكات اتصال آمنة موثوق بها.
- وجود وسيلة فعالة لحماية المعلومات الملحقة بهذه الشبكة.
- وجود وسيلة فعالة للتوثيق وضمان سرية المعلومات الالكترونية لحماية البيانات.

هذا الأمر لن يتأتى إلا من التصديق الالكتروني ونظرا لأهمية الدور الذي يلعبه مقدم خدمات المصادقة فهو بحاجة إلى هيكل قانوني يحدد الأطر والنظم الملائمة فيما يخص المعايير التي ينبغي أن يستوفيها سواء من جانب طرق الاعتماد أو تحديد الالتزامات والواجبات، لذلك قسمنا هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

المطلب الثاني: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

المطلب الأول

النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني

تتمثل المعوقات الأساسية التي تعترض المعاملات الالكترونية في افتقارها لعنصري الأمن والسرية إلى حد كبير وذلك نتيجة لأعمال القرصنة والتدخلات غير المشروعة التي تتعرض لها.

بالإضافة إلى صعوبة إثباتها والتأكد من محتواها وعدم العبث في مضمونها. ومما لا شك فيه أن انتشار التجارة الالكترونية يتطلب عنصري الثقة والأمان في هذه المعاملات هذا الأمر دفع بمختلف التشريعات سواء على الصعيد الدولي أو الإقليمي أو الوطني إلى إصدار تشريعات تنظيمية تضمن صحة وسلامة توثيق هذه المعاملة وذلك من خلال وضع قواعد قانونية تنظم أعمال جهات التصديق الالكتروني، ودور هذه الأخيرة إصدار شهادة التصديق الالكترونية من خلالها يتم التعرف على هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم القانونية وسلامة البيانات الواردة في المعاملة>>[1].

إن التشريعات السابقة نظمت شهادة التصديق الالكترونية من حيث البيانات التي يجب أن تتضمنها ومدى مصداقيتها ولدراسة هذا المطلب المتعلق بالنظام القانوني لمقدم خدمة التصديق الالكتروني قسمناه إلى فرعين:

- **الفرع الأول:** مفهوم وواجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.
- **الفرع الثاني:** أحكام شهادات التصديق الالكترونية.

[1] كامران الصالحي، –الطبيعة القانونية لمسؤولية مزودي خدمات التصديق، مؤتمر المعاملات الالكترونية، الإمارات سنة 2009، ص 64.

منشور على موقع جامعة الإمارات العربية المتحدة http://www.uaeu.ac.ae /

الفـــــرع الأول

مفهوم وواجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني

مقدمو خدمات التصديق الالكتروني عبارة عن أطراف قد تكون هيئات عامة أو خاصة مهمتها تلبية حاجيات الأطراف المتعاملة عبر الوسائط الالكترونية بوصفها طرف ثالث يعمل على ترسيخ الثقة لذلك فإن التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني اهتمت بهذه الهيئة سواء من حيث تعريفها أو التسميات التي أطلقت عليها كما حددت واجباتها.

أولا: تعريف جهات التصديق الالكتروني:

مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية عبارة عن أطراف قد تكون هيئات عامة أو خاصة تلبي حاجة الأطراف المتعاملين عبر شبكة الانترنت على اعتبارها طرف ثالث يعمل على ترسيخ الثقة بينهم وهذا من خلال إصدار شهادة إلكترونية لكل مشترك تقر بموجبها بصحة المعلومات والبيانات الواردة فيها وبذلك تضمن قبول التوقيعات الالكترونية والاعتراف بها قانونا لذلك فقد اعتبر مقدمو خدمات التصديق الالكتروني بمثابة كاتب أو أمين ضبط مهمته توثيق المعلومات والاحتفاظ بأصولها وتسليم الشهادات إذن فإن مقدم خدمات التصديق الالكتروني يضمن الرابطة بين التوقيع وصاحبه دون التدخل في مضمون الوثيقة الذي لا يمكن معرفته بحكم سرية المعلومات الواردة بها.

توجد تسميات متنوعة ومختلفة للجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني أطلقتها عليها التشريعات المختلفة فمثلا قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية والتوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية أطلقا عليها اسم (مقدم خدمات التصديق) أما المشرع الجزائري بموجب القانون 04/15 المؤرخ في 2015/02/01 فقد سماها (مؤدي خدمات التصديق الالكتروني)، وحتى نبحث في المقصود بجهة التوثيق الالكتروني فإنه يجب أولا أن نبحث في التعريفات التي وضعتها القوانين لهذه الجهة، مع الملاحظة في هذا الصدد أنه لا يوجد تعريف فقهي متفق عليه لجهات التوثيق الالكتروني

لذلك سوف نعرض لبعض التعريفات التي جاءت بها التشريعات مع التسميات المختلفة ونبدأ بالتعريف الذي جاء به القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني الأونسيترال لقد عمل القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية لسنة 2001 على تنظيم عمل مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية.

وعرفهم بموجب أحكام المادة الثانية فقرة (هـ) على أنه <<شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية>>

نلاحظ من خلال هذا التعريف الذي جاءت به الفقرة (هـ) من المادة 2 من قانون الأونسيترال بأنه ألزم جهة التوثيق بضرورة توفير خدمة التصديق كحد أدنى مع إمكانية تقديم خدمات أخرى يكون لها علاقة بالتوقيع الإلكتروني، وهذا يعني أنه يمكن أن يكون لجهة التوثيق نشاطا واحدا رئيسيا وهو التصديق الالكتروني كما يمكن أن يكون هذا النشاط هو أحد الأنشطة الفرعية لهذه الجهة ولم يميز القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني بين الأحوال التي يمارس فيها مقدم خدمات التصديق توفير خدمات التصديق باعتباره نشاطا رئيسيا أو نشاطا فرعيا أو عادة أو عرضا أو بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو عبر متعاقد من الباطن هذا التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية استعمل لفظ (شخص) وهو مصطلح عام يشمل أشخاص القانون الخاص (الشخص الطبيعي – الشخص المعنوي) بالإضافة إلى أشخاص القانون العام (الهيئات العمومية) بمعنى أن هذا التعريف يشمل جميع الهيئات التي تقدم خدمة التصديق في نطاق القانون النموذجي وفي سياق الأنشطة التجارية وحسب أحكام المادة الأولى من القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني والتي حددت نطاق تطبيق هذا القانون بقولها <<ينطبق هذا القانون حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق أنشطة تجارية>> وأن مفهوم الأنشطة التجارية يشمل جميع المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ويستشف من خلال نص المادة الأولى

والثانية من القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني أن الأشخاص أو الهيئات التي تصدر شهادات التصديق الالكتروني لأغراضها الخاصة وليس لأغراض تجارية لا تدخل ضمن فئة مقدمو خدمات التصديق الالكتروني.

لأن القانون أورد قيدا بالمادة الأولى أن تطبيق هذا القانون يكون عن استخدام التوقيع الالكتروني في الأعمال والأنشطة التجارية دون سواها>>[1].

إن القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية يعتبر إطارا عاما استرشاديا مرجعي لمختلف دول العالم يمكن العودة إليه في سن القوانين المنظمة للتوقيع الالكتروني مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل دولة وسياستها التشريعية، فيمكن لهذه الدول أن تسند وظيفة تقديم خدمات التصديق الالكتروني لجهات حكومية رسمية تابعة للقطاع العام أو لجهات القطاع الخاص ويمكن إنشاء جهة عليا يكون دورها منح تراخيص العمل لمقدمو خدمات التصديق، حسب الشروط التي تكون معدة مسبقا.

وما تجدر الإشارة إليه أن مهمة كهذه تحتاج لإمكانيات مادية كبيرة وتقنيات عالية لا يتوفر عليها إلا شخصا معنويا عاما أو خاصا.

هذا وقد بينت المادة التاسعة من القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني الأحكام الخاصة بمزودي خدمات التصديق والتي يمكن أن نلخصها في إلزام مؤدي خدمات التصديق بالعمل طبقا لمبادئ التمثيل الممنوحة له. أي أن يتصرف وفقا للتأكيدات التي يقدمها بخصوص سياسياته وممارساته وأن يمارس عناية معقولة لضمان دقة وائتمان ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة مدة سريانها.

<<وأن يوفر مقدم خدمات التصديق وسائل تمكن بقدر معقول الطرف المعول من التأكد من الشهادة مما يلي:

---

[1] عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الالكتروني في مصر والدول العربية بدون دار الطبع وبدون سنة النشر الصفحة: 54.

- هوية مقدم خدمات التصديق.
- تأكيد أن الموقع المعينة هويته في الشهادة كان مسيطرا على بيانات إنشاء التوقيع.
- أن بيانات التوقيع كانت صحيحة في الوقت الذي أصدرت فيه الشهادة أو قبله>> [1].

أما التوجيه الأوربي الخاص بالتوقيعات الالكترونية لسنة 1999 فقد عرف مقدمو خدمات التوقيع الالكتروني في المادة الثانية الفقرة الحادية عشر منه بأنه <<كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادة توثيق الكترونية او تقديم خدمات أخرى متصلة بالتوقيعات الالكترونية>>

<<ويقصد بالخدمات المرتبطة بالتوقيع الالكتروني التقنيات التي تسمح بإصدار توقيع نموذجي أو خدمات النشر والاطلاع والخدمات المعلوماتية الأخرى كالحفظ في الأرشيف>>[2].

إن التوجيه الأوربي رقم 1999/93 ألزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي بضرورة الإذن والترخيص لجهات خاصة يعهد إليها مهمة اعتماد التوقيعات الالكترونية عن طريق شهادات التصديق هذه الشهادات بمقتضاها نضمن استيفاء التوقيع الالكتروني للشروط اللازمة للأخذ به واتصاله بالمستند الذي يرد عليه مع ضمان سلامته من العبث (كل تعديل أو تغيير في مضمونه)

<<وعلى الرغم من أن التوجيه الأوربي نظم جهات التوثيق الالكتروني (عمل مقدمو خدمات التصديق الالكتروني) إلا أنه لم يجعل من التوثيق الالكتروني شرطا إلزاميا في المعاملات الالكترونية بل ترك ذلك لسلطان إرادة الأطراف المتعاقدة وجعل اللجوء إليه

[1] عبد الفتاح مراد، التجارة الالكترونية والبيع والشراء على شبكة الانترنت، ص63.

[2] ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني المرجع السابق، ص 163.

اختياريا وهذا ما يفهم من مقتضيات المادة الثالثة من هذا التوجيه>>[1]. التي أعطت الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي الحق في وضع نظام اختياري لاعتماد مزودي خدمات المصادقة بغرض زيادة الأمان والثقة في جودة خدمات المصادقة. بالإضافة إلى أن عمل مقدم خدمات التصديق يحكمه مبدأ الحرية لأن المشرع منع الدول الأعضاء من تقييد ممارسة هذا النشاط فممارسة هذه الخدمة حسب التوجيه الأوربي ينبغي أن تبقى هذه الخدمة مفتوحة أمام الجميع لخلق نوع من التنافس ينعكس بالإيجاب على جودة الخدمة ويساهم في نمو وازدهار المعاملات الالكترونية على اعتباره الهدف المنشود >>[2]. بمعنى أن التوجيه الأوروبي لا يشترط حصول مقدم خدمات التصديق الالكتروني على ترخيص مسبق لممارسة هذه الوظيفة مع الأخذ بعين الاعتبار أن إجراءات التفويض تتوقف على إرادة الدولة ولا يوجد بشأنها أي إلزام[3].

أما بخصوص التشريعات الوطنية فإنه وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده قد استخدم مصطلح مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وهذا ما جاءت به أحكام المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 2007/05/30 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 2001/05/09 وذلك بقولها <<مؤدي خدمات التصديق الالكتروني كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 03/2000 والمذكور أعلاه يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني>>[4].

وبالرجوع إلى أحكام المادة الثامنة من القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 2000/08/05 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية التي أحال عليها

---

[1] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص 215.

[2]–[2] سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص80.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 2007/05/30 المادة 3 الجريدة الرسمية عدد 37 سنة 2007.

المرسوم التنفيذي رقم 162/07 فقد ذكرت الفقرة الثامنة (م8-8) مصطلح موفر للخدمات وعرفته بقولها **<<** موفر الخدمات كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية>> نلاحظ من هذا التعريف الذي جاء به التشريع الجزائري أنه تبنى ما جاء به قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية والتوجيه الأوربي على أن من يقوم بتقديم خدمات التصديق أو التوثيق الالكتروني يمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي .

إن التشريع الجزائري لم يتوقف عند أحكام المرسوم التنفيذي رقم 162/07 فيما يخص التوقيع والتصديق الالكترونيين بل أنه أصدر قانونا خاصا يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين وهو القانون رقم 04/15 المؤرخ في 2015/02/01 والذي أطلق مصطلح مؤدي خدمات التصديق الالكتروني على الجهات المختصة بإصدار شهادات التوقيع الالكتروني << مزود خدمة التصديق >> وعرف بموجب المادة 2- 12 <<مؤدي خدمات التصديق الالكتروني:شخص طبيعي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين>>[1].

من خلال هذا التعريف القانوني أو التشريع لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني نجد المشرع الجزائري فسح المجال أمام الخواص لاقتحام هذا المجال وذلك وفقا للشروط التنظيمية سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

وهذا بغرض تحسين خدمة التصديق الالكتروني وتوفير عنصر الثقة والأمان في التوقيع الالكتروني وضمان فعالية نظام المصادقة الالكترونية وبذلك تزدهر المعاملات الالكترونية، ووفقا لهذا التعريف فإنه يتعين على مؤدي خدمات التصديق كحد أدنى أن يوفر خدمات التصديق ويمكن أن يكون ذلك مع خدمات أخرى وأن التشريع الجزائري بما

[1] القانون 02/15، المادة 2-12 الجريدة الرسمية، عدد 2015/06 .

جاء به في مجال التصديق الالكتروني لم يخرج عن ما جاء به القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية سنة 2001 ولم يخرج كذلك عن التوجيه الأوربي وهذا لا يعتبر عيبا في التشريع خاصة وأن القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني الأونسيترال هو قانون استرشادي ويمكن مختلف الدول الرجوع إليه عند تنظيم القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين لذلك نجد التشريع الجزائري لم يخرج عن السياق العام للتعاريف كون جهة التصديق كل شخص طبيعي أو معنوي يؤدي خدمة التوثيق أو خدمات أخرى محدد في إطار قانوني.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد عرف جهة إصدار شهادات التصديق الالكتروني بموجب المرسوم 272 لسنة 2001 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/03/30 والمتعلق بتطبيق أحكام المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي وقد أطلق هذا المرسوم مصطلح (المكلف بخدمة التوثيق الالكتروني) على الجهات المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني وعرفته المادة الأولى من المرسوم بقولها <<كل شخص يصدر شهادات تصديق الكتروني أو يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتوقيع الالكتروني>>.

يلاحظ أن التعريفات الواردة في قانون الأونسيترال والتوجيه الأوربي والقانون الفرنسي اتفقوا على أن من يقوم بخدمات التوثيق يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وإن كان التوجيه الأوربي قد ذكر ذلك صراحة فإن القانون الفرنسي والقانون الأونسيترال ذكرا كلمة (شخص) فقط وهي تؤخذ بعموم اللفظ وتشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي غير أن الواقع العملي وما تتطلبه خدمة التصديق الالكتروني من إمكانيات باهظة تجعل من الشخص الطبيعي عاجز وغير قادر على القيام بهذه الخدمة لذلك فإن الذي يكون قادرا على تأدية خدمة التصديق الالكتروني يكون شخصا معنويا عاما أو خاصا.

أما بالنسبة للتشريع المصري، فقد أطلق عليها اسم (جهات إصدار شهادات التصديق الالكتروني وعرفتها المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري

لسنة 2004 بأنه <<الجهات المرخص لها بإصدار شهادة التصديق الالكتروني وتقديم خدمات التوقيع الالكتروني>>

أما بالنسبة للتشريع التونسي، التشريع التونسي سمى جهات إصدار شهادة التصديق الالكتروني بمزود خدمات التصديق الالكترونية وعرفها في الفصل الثاني من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم 83 سنة 2000 بأنه <<كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الالكتروني>>

وفقا لهذا التعريف فإن مزود خدمات التصديق الالكتروني يمكن أن يكون شخصا طبيعيا كما يمكن أن يكون شخصا معنويا سواء من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام.

يلاحظ على التعريفات السابقة سواء الدولية أو الإقليمية أو الوطنية أنها جاءت مركزة في تعريفها لجهات أو هيئات التصديق الالكتروني على إبراز الوظيفة الأساسية لهذه الجهات والمتعلقة بإصدار شهادات التصديق أو التوثيق الالكتروني بالإضافة إلى خدمات أخرى تتعلق بالتوقيع الالكتروني ومن خلال هذه التعريفات السابقة فإنه يمكن تعريف جهة التوثيق الالكتروني (مقدم خدمات التصديق) بأنه طرف ثالث أو جهة محايدة موثوق بها تعمل ضمن الأطر القانونية المحددة بالتشريع تقوم بدور الوسيط الالكتروني من أجل توفير عنصر الثقة والأمان في المعاملات الالكترونية من خلال إصدار شهادات توثيق إلكترونية تثبت صحة البيانات والمعلومات بالإضافة إلى أعمال أخرى متصلة ومرتبطة بالتوقيع الالكتروني.

ثانيا: الشروط القانونية لممارسة نشاط التصديق الالكتروني:

إن معظم التشريعات المنظمة لعمل هيئات التصديق الالكتروني وضعت شروطا ينبغي توافرها في الشخص –طبيعي أو معنوي– الراغب في الحصول على ترخيص لممارسة مهنة إصدار شهادات التصديق الالكترونية، وهذا لضمان قدر معين من الأمان والثقة في التوقيع الالكتروني، ولإثبات أن هذا الشخص محل ثقة في ممارسة مهنة إصدار شهادات تصديق لا بد من توافر شروطا شخصية وموضوعية لطالب الترخيص.[1]

بالرجوع إلى أحكام القانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري ، نجده قد ضبط الشروط الشخصية الواجب توافرها في الراغب في ممارسة وظيفة التصديق الالكتروني، بحيث نصت المادة 33 منه أولا إلى ضرورة الحصول على ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني (يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الالكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني) ونصت المادة 34 من ذات القانون على الشروط الشخصية لطالب ترخيص تأدية خدمات التصديق الالكتروني وذلك بقولها:

<< يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمات التصديق أن يستوفي الشروط الآتية:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي.
- أن يتمتع بقدرة مالية كافية.
- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي.
- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الالكتروني.

[1] عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 162.

كما نص القانون المذكور أعلاه على أنه لا يمنح الترخيص بتأدية خدمات التصديق الالكتروني إلا بعد منح شهادة التأهيل لمدة سنة قابلة للتجديد مرة واحدة، وهذا بغرض إعداد الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الالكتروني ويتم تبليغ هذه الشهادة في أجل أقصاه 60 يوما ابتداء من تاريخ استلام الطلب المثبت بإشعار بالاستلام، وهذا ما جاءت به المادة 35 من القانون 04/15.

وقد نصت المادة 36 من ذات القانون على أنه يمنح الترخيص إلى صاحب شهادة التأهيل ويتم تبليغه خلال 60 يوما ابتداء من تاريخ استلام طلب الترخيص>>

أي أن طلب الترخيص يتقدم به صاحب شهادة التأهيل بعد انقضاء الأجل المحدد بالمادة 35 إلى السلطة المختصة هذه الأخيرة تمنح الترخيص مرفوق بدفتر الشروط يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الالكتروني، وكذا توقيع شهادة التصديق الالكتروني الخاصة بمؤدي الخدمات من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني، وهذا حسب مقتضيات المادة 38 من القانون 04/15.

مع الملاحظة القانون الجزائري الخاص بتوقيع والتصديق الالكترونيين نص على أن شهادتي التأهيل والترخيص تمنحان بصفة شخصية أي أن شخصية المرخص له أو صاحب شهادة التأهيل محل اعتبار وبذلك لا يمكن التنازل عنهما للغير وهذا حسب تأكيدات المادة 39.

بالإضافة إلى أن الترخيص يمنح لمدة مؤقتة قدرها القانون بالمادة 40 وهي خمس سنوات قابلة للتجديد عند انتهاء الصلاحية وفقا للشروط المحددة في دفتر الشروط والأعباء المحدد لشروط وكيفيات تأدية خدمة التصديق وأن ترخيص تأدية خدمة التصديق يكون بمقابل يحدد مبلغه عن طريق التنظيم.

كما نص القانون السالف الذكر في الباب الثالث الفصل الثاني على سلطات التصديق الالكتروني هذه السلطات تتمثل في الآتي:

أ- السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني: عرفتها المادة 16 من القانون 04/16 على أنها سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تنشأ لدى الوزير الأول مهامها ترقية استعمال التوقيع والتصديق الالكترونيين وتنظيمهما وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما وفي هذا الإطار تتولى المهام الآتية:

- إعداد سياستها للتصديق الالكتروني والسهر على تطبيقها بعد الحصول على الرأي الايجابي من قبل الهيئة المكلفة بالموافقة.
- الموافقة على سياسات التصديق الالكتروني الصادرة عن السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الالكتروني.
- إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على مستوى الدولي.
- اقتراح مشاريع تمهيدية لنصوص تشريعية أو تنظيمية تتعلق بالتوقيع الالكتروني أو التصديق الالكتروني على الوزير الأول.
- القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الالكتروني عن طريق الهيئة المكلفة بالتدقيق.

كما أن لهذه السلطة وظيفة استشارية عند إعداد أي مشروع نص تشريعي أو تنظيمي ذي صلة بالتوقيع أو التصديق الالكترونيين وهذا بحسب المادة 18 من قانون 04/15 .أما بخصوص أجهزة هذه السلطة وعملها ونظام مداولتها فقد حددت بأحكام المواد 19 إلى 25 .

ب- السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني: نظمت هذه السلطة بالمواد من 26 إلى 28 وهي سلطة تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، مكلفة بمتابعة ومراقبة نشاط التصديق الالكتروني للأطراف الثلاثة الموثوقة وتوفير خدمات التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين.

أما مهام هذه السلطة فهي محددة بالمادة 28 بقولها: <<تكلف السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني بمتابعة ومراقبة نشاط التصديق الالكتروني للأطراف الثالثة الموثوقة وكذلك توفير خدمات التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

وفي هذا الإطار تتولى المهام الآتية :

- إعداد سياستها للتصديق الالكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها.
- الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن الطرف الثالث الموثوقة والسهر على تطبيقها.
- الاحتفاظ بشهادات التصديق الالكترونية المنتهية صلاحيتها والبيانات المرتبطة بمنحها من قبل الطرف الثالث الموثوق بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة عند الاقتضاء طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.
- نشر شهادة التصديق الالكتروني للمفتاح العمومي للسلطة .
- القيام بعملية التدقيق على مستوى الطرف الثالث الموثوق عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق طبقا لسياسة التصديق>>.

ج- السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني: السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني تعين من قبل السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية مهمتهما متابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الالكتروني لصالح الجمهور وهذا ما نصت عليه المادتين 29،30 من القانون السالف الذكر.

أما مهام السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني وردت بموجب المادة 30 وهي تتمثل في الآتي :

1 _ إعداد سياستها للتصديق الالكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها.

2 _ منح التراخيص لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني بعد موافقة السلطة.

3 _ الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني والسهر على تطبيقها .

4 _ الاحتفاظ بشهادات التصديق الالكترونية المنتهية صلاحياتها والبيانات المرتبطة بمنحها من طرف مؤديي خدمات التصديق الالكتروني بغرض تسليمها للسلطة القضائية المختصة عند الاقتضاء طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

5 _ نشر شهادة التصديق الالكتروني للمفتاح العمومي للسلطة.

6 _ اتخاذ التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عن طريق مكاتب تدقيق معتمدة.

7 _ إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الالكتروني إلى السلطة دوريا بناء على طلب منها.

8 _ التحقق من مطابقة طالبي التراخيص مع سياسة التصديق الالكتروني بنفسها أو عن طريق مكاتب تدقيق معتمدة.

9 _ السهر على وجود منافسة فعلية ونزيهة باتخاذ كل التدابير اللازمة لترقية واستعادة المنافسة بين مؤديي خدمات التصديق الالكتروني.

10 _ التحكم في النزاعات القائمة بين مؤديي خدمات التصديق الالكتروني فيما بينهم أو مع المستعملين طبقا للتشريع المعمول به.

11 _ مطالبة مؤديي خدمات التصديق الالكتروني أو كل شخص معني بأي وثيقة أو معلومة تساعدها في تأدية المهام المخولة لها بموجب هذا القانون.

12 _ إعداد دفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الالكتروني وعرضه على السلطة للموافقة عليه.

13 _ إجراء كل مراقبة طبقا لسياسة التصديق الالكتروني ودفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الالكتروني .

14 _ إصدار التقارير والإحصائيات العمومية وكذا تقرير سنوي يتضمن وصف نشاطاتها مع احترام مبدأ السرية.

تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني بتبليغ النيابة العامة بكل فعل ذي طابع جزائي يكتشف بمناسبة تأدية مهامها.

من خلال استعراض الشروط القانونية الواجب توفرها لمزاولة نشاط التصديق الالكتروني فبالإضافة إلى الشروط الشخصية هناك شروط أخرى وردت في التشريع الجزائري ومن بينها شرط ضرورة الحصول على الترخيص غير أن هذا الترخيص في التشريع الجزائري مر بعدة مراحل ابتداء من المرسوم التنفيذي 123/01 المادة 3 منه المعدلة بالمادة 2 من المرسوم التنفيذي 162/07.

فقد نصت المادة 3 من المرسوم 123/01 على الآتي <<يخضع لترخيص تمنحه سلطة الضبط إنشاء واستغلال ما يأتي:

الشبكات الخاصة في مفهوم المادة 8 من القانون 03/2000، وقد نصت المادة 8-8 من القانون 2000 /03 على موفر الخدمات وعرفته بأنه: << كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية>>.

أما بخصوص المرسوم التنفيذي رقم 162/07 فقد جاءت مادته الثالثة واضحة إذ نصت على أنه <<يخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إنشاء واستغلال ما يأتي :

خدمات التصديق الالكتروني>>.

فهذا يعني أن مزاولة نشاط التصديق الالكتروني يتطلب بضرورة الحصول على ترخيص مسبق هذا الشرط كذلك تم تأكيد عليه في أحكام القانون رقم 04/15 في المادة 33 وذلك بقولها<< يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الالكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني >>

من خلال النصوص السابقة يتضح جليا وأن ممارسة نشاط التصديق الالكتروني يخضع بداية إلى وجود ترخيص كانت تمنحه في السابق سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية >> [1]

أما في النص التشريعي الأخير الوارد بالقانون 04/15 فإن هذا الترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني[2].

بالرجوع إلى أحكام القانون 04/15 نجده لم يحدد طبيعة النشاط الذي يقوم به مؤدي خدمات التصديق كما أنه لم يبين نوع العلاقة بين مؤدي خدمات التصديق وسلطة الضبط غير أنه يمكن القول بأن هذا النشاط لا يخرج عن الطبيعة التجارية وبذلك فهو عمل تجاري يستلزم استيفاء شرط القيد في السجل التجاري.

أما بخصوص العلاقة فهي أشبه بعقد الامتياز أو الصفقة العمومية على اعتبار أن سلطة الضبط من أشخاص القانون العام وهي الجهة المخولة من الناحية القانونية بتحديد الأعباء والالتزامات ضمن دفتر الشروط وتجري مناقصة وتختار أحسن العروض.

أما بخصوص المشرع التونسي فقد حدد شروط مزودي خدمات المصادقة ونظم عملها بموجب القانون رقم 83 سنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية وأنشأ هيئة

---

[1] هي سلطة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يكون مقرها الجزائر العاصمة وهذا حسب التعريف الذي جاءت به المادة 10 من القانون 2000 /03 المؤرخ في 2000/08/05.

[2] السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني هيئة تعين من طرف السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وظيفتها متابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الالكترونيين لصالح الجمهور.

إشرافية ورقابية عليا على عمل مزودي خدمات التصديق الالكتروني أطلق عليها اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية)، وقد اشترط المشرع التونسي على من يرغب في الحصول على تراخيص لتعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية أن يستجيب الشخص الطبيعي أو الممثل القانوني للشخص المعنوي للشروط الواردة في الفصل الحادي عشر من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية رقم 83 سنة 2000 هذه الشروط هي :

- أن يكون من ذوي الجنسية التونسية منذ 5 أعوام على الأقل.
- أن يكون مقيما بالبلاد التونسية.
- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ونقي السوابق العدلية .
- أن يكونا متحصلا على الأقل على شهادة الأستاذية أو ما يعادلها.
- أن لا يتعاطى نشاطا مهنيا آخر.
- الترخيص لمزودي نشاط خدمات المصادقة.

بالإضافة إلى الشروط الشخصية المذكورة فإن هناك شروط فنية وموضوعية يتطلبها نشاط مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وهي شروط فنية تتعلق بالكفاءة والخبرة وهذا الشرط هو أحد المتطلبات الأساسية التي حددها التوجيه الأوربي في الجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني.

فالمادة (e) من الملحق الثاني التابع للتوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية تنص على أنه على المكلفين بخدمة التوثيق <<الاستعانة بموظفين متمتعين بالمعارف النوعية والخبرة والتوصيفات الضرورية لتوريد الخدمات وعلى الأخص الاختصاصات على مستوى الإدارة والمعارف المختصة تكنولوجيا في التوقيعات الالكترونية...>>[1].

[1] سعيد السيد، المرجع السابق، ص80.

أما بخصوص واجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني فلقد سبق وأن قلنا أن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني هو طرف ثالث من الغير مستقل عن الأطراف الأخرى المتعاقدة مهمته تقوية فعالية نظام التوقيع الالكتروني لهذا فرض عليه المشرع التزامات وواجبات يتعين عليه مراعاتها بمناسبة تأدية وظائفه وعند إصدار شهادات التصديق الالكترونية.

إذا من أهم واجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني إصدار شهادة الكترونية تحدد هوية الموقع (المرسل) وصلاحية توقيعه [1]، وحتى تقوم جهة الإصدار بهذا الواجب يتعين أن تكون مرخص لها بذلك من إحدى المؤسسات المؤهلة قانونا بمنح ترخيص ممارسة وظيفة التصديق ويمكنها أيضا تعليق أو سحب الرخصة في حالة عدم احترام دفتر الأعباء وفقا لأحكام المادة 64 أو في حالة انتهاك مؤدي خدمات التصديق الالكتروني للمقتضيات التي يتطلبها الدفاع الوطني وهذا حسب مقتضيات المادة 65 من القانون 04/15 والتي قضت بالآتي <<في حالة انتهاك مؤدي خدمات التصديق الالكتروني للمقتضيات التي يتطلبها الدفاع الوطني والأمن العمومي، تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني بالسحب الفوري للترخيص وذلك بعد موافقة السلطة >>.

كما نصت المادة 41 من القانون 04/15 يكلف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني لتسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الالكتروني وفقا لسياسة التصديق الخاصة به.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن واجب إصدار شهادات التصديق الالكتروني سبق وأن نص عليه التشريع الجزائري في أحكام المادة 11/03 من المرسوم التنفيذي 1/07.[2]

[1] Martin (s) op.cit.Page11.

[2] المادة 03 من المرسوم التنفيذي 162/07 الفقرة 11 تنص << مؤدي خدمات التصديق الالكتروني كل شخص في مفهوم المادة 8–8 من القانون رقم 03/2000
المؤرخ 05 غشت سنة 2000 والمذكور أعلاه يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني>>.

ومن خلال استقراء المواد القانونية سواء تلك الواردة بأحكام القانون 03/2000 أو المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المعدل بموجب المرسوم 162/07 نجد وأن الشارع الجزائري لم يبين التزامات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني رغم أن وزير البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال قد ركز على أهمية إنشاء نظام قانوني خاص بالتصديق الالكتروني وهذا في افتتاحية المؤتمر الدولي حول التصديق الالكتروني المنعقد خلال شهر جوان من سنة 2011.

هذه المآخذ والمطالب قد أخذت بعين الاعتبار وجسدت في القانون رقم 04/15 الذي جاء محددا لواجبات والتزامات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

وهو ما سنبينه في هذا العنصر.

إن واجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وردت في القسم الثالث الفصل الثالث الفرع الثاني تحت عنوان تأدية خدمات التصديق الالكتروني ومنها ما ورد في القسم الثاني الفرع الأول تحت عنوان واجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ومسؤوليته.

ثالثا: واجب السرية والمحافظة على المعلومات ذات الطابع الشخصي:

لقد أوجب التشريع الجزائري على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني التزام السرية، والمحافظة على المعلومات ذات الطابع الشخصي.

فقد نصت المادة 42 على ضرورة الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات الخاصة بشهادات التصديق الالكتروني الممنوحة وعاقب بموجب المادة 70 مؤدي خدمات التصديق بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 200 ألف إلى مليون دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

إن إقرار الحماية الجزائية لسرية المعلومات والبيانات الخاصة بشهادة التصديق دليلا على أهميتها في المعاملات الالكترونية.

أما بخصوص المحافظة على المعلومات ذات الطابع الشخصي فقد تم النص عليها بموجبات المادة42 وهذا يعني أن مؤدي خدمات التصديق وأثناء مباشرة وظيفته يقوم بالتعرف على صاحب شهادة المصادقة من خلال جمع معلومات ويتعين عليه عند جمع المعلومات بالاكتفاء بالمعلومات الضرورية لإنشاء الشهادة دون أي معلومات أخرى ويكون ذلك بترخيص من الشخص المعني بشهادة التصديق وهذا ما جاء في سياق المادة 43 بقولها <<لا يمكن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني جمع البيانات الشخصية للمعني إلا بعد موافقته الصريحة>>.

كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه يتعين على مؤدي خدمات التصديق أن يجمع فقط البيانات الشخصية الضرورية لمنح وحفظ شهادة التصديق الالكتروني مع حضر القانون لاستعمال هذه البيانات لأغراض غير تلك التي جمعت من أجلها هذا الأمر كذلك نص عليه المشرع التونسي في الفصل الخامس عشر من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية[1].

المشرع حمى المعلومات والبيانات التي يتداولها مؤدي خدمات التصديق الالكتروني والتي تخص العملاء وحظر عليه أو على من يعمل معه على إفشاء سرية هذه المعلومات بل أن القانون الجزائري اعتبرها جريمة وعاقب عليها بنص صريح لان هذا الأمر يدخل في قدسية حرمة الحياة الخاصة من خلال الحفاظ على المعلومات ذات الطابع الشخصي ومبدأ الحفاظ على المعلومات والبيانات الشخصية كرس من طرف الاتحاد الأوربي والبرلمان الأوربي في التوجيهات الصادرة في 1995/10/24 والمتعلقة بكيفية معالجة

---

[1] نص الفصل الخامس عشر من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية رقم 83 لسنة 2000 <<يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية وأعوانهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا في نشرها أو الإعلام بها أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل>>

هذه المعلومات وقد أوصى الدول الأعضاء الأخذ بهذه التوجيهات والنص عليها في تشريعاتها الداخلية في تاريخ أقصاه 1998/10/24[1].

وأن المعلومات ذات الطابع الشخصي عرفتها المادة الثانية من التوجيهات[2].

1-واجب التحقق والسلامة:

حتى تقوم سلطات المصادقة بدورها على أكمل وجه يتعين عليها أن تتقيد ببعض الالتزامات سواء على صعيد السلامة أو على صحة المعلومات موضوع الشهادة وهذا ما جاءت به أحكام المادة 44 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين بقولها: <<يجب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني قبل منح شهادة التصديق الالكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع>>.

كما أكدت أيضا ذات المادة أن مقدم خدمات التصديق الالكتروني لا يمنح شهادة التصديق إلا بعد التحقق من هوية طالبها وعند الاقتضاء التحقق من صفاته الخاصة، ومن واجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الالتزام بالبيانات المقدمة له من أصحاب الشأن ويحضر عليه حذف أو تعديل أو إضافة أي بيان من البيانات المقدمة إليه (المعالجة الالكترونية للبيانات).

وأن ضمان سلامة البيانات، والتوقيع يتحقق من خلال إقامة نظام معلومات موثوق به، وأن يقوم بحماية مفتاحه الخاص الذي يستعمله لتوقيع شهادات المصادقة الالكترونية الصادرة عنه بشكل ملائم.[3]

كما يقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن تكون له القدرة على إنشاء منظومة تكوين البيانات الالكترونية التي يباشر من خلالها إنشاء التوقيع الالكتروني

[1] سعيد السيد قنديل المرجع السابق ص 77.

[2] المادة الثانية من التوجيهات الصادرة في 1995/10/24 تنص على أنه تعرف المعلومات ذات الطابع الشخصي بأنها: كل معلومة تتصل بشخص محدد الهوية أو قابل للتحديد.

[3] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص 226.

بالإضافة إلى ضرورة استعمال وسائل موثوق بها في إصدار الشهادات مع توفير الآلية اللازمة لحمايتها من العبث والتقليد.

من الواجبات التي فرضها التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية على مؤدي خدمات التصديق ما ورد في الملحق الثاني الذي يتناول المتطلبات الخاصة بالمكلفين بخدمة التوثيق الذي يصدرون شهادات إلكترونية موصوفة هي ضرورة بيان تاريخ وساعة إصدار شهادة التصديق الالكتروني والعدول عنها بشكل جلي وواضح معا ضرورة التحقق من هوية الشخص الذي أصدرت له شهادة التصديق وقد نص المشرع الجزائري في المادة 45 من القانون رقم 04/15 على أنه من واجب مؤدي خدمة التصديق الالكتروني إخطار صاحب شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة وتبليغ صاحبها بانتهاء مدة صلاحيتها في الآجال المحددة في سياسة التصديق.

2-واجب الإعلام والنصح:

من الواجبات التي قررتها التشريعات المنظمة للتوقيع والتصديق الالكتروني إعلام مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المتعاملين معه بطريقة استعمال خدماته والكيفية التي يتم بها إنشاء التوقيع الالكتروني وطرق التحقق منه خاصة وأن التوقيع الالكتروني والإجراءات التقنية المعدة لتطبيقه غامضة ومعقدة وهذا من أجل تعزيز ثقة المتعاملين بالتوقيع الالكتروني.

3-ضمان صحة المعلومات:

ويكون ذلك من خلال التزام مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بحفظ الشهادات الصادرة في بنك المعلومات الخاصة بذلك حتى يتسنى للمتعاملين الراغبين في التحقق من صحة التوقيع الالكتروني ومن هوية مراسلهم الدخول إلى هذا البنك والاطلاع على شهادات المصادقة الخاصة بمراسلهم ومنه فإن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ملزم بضمان صحة وسلامة المعلومات المدونة في شهادة التصديق الالكتروني وأن ضمان صحة

وسلامة المعلومات يأتي من خلال الوثائق الرسمية المقدمة من العملاء وفي حالة ثبوت تزوير الوثائق المقدمة أو انتهاء صلاحيتها لا يتحمل مؤدي خدمات التصديق مسؤولية ذلك << كما أن إجراءات التسجيل تتم عن طريق شبكة الانترنت ثم يلحق التسجيل بالوثائق التي ترسل عبر البريد الالكتروني أو البريد العادي وفي هذه الحالة يكون مؤدي خدمات التصديق مسؤولا عن التحقق حسب الظاهر من تطابق وتوافق المعلومات المصرح بها الكترونيا مع مضمون المستندات كما يضمن كذلك مؤدي خدمات التصديق مطابقة المفتاح العام لصاحب التوقيع على مفتاحه الخاص بعد إجراء التجارب اللازمة>>[1].

4-ضمان كفاية المعلومات المصدقة وتحيينها:

من الواجبات الواقعة على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني التحقق من جميع المعلومات المطلوبة قانونا في شهادة المصادقة ولا يجوز التحفظ بشأن صحة هذه المعلومات كما لا يمكن إصدار شهادة التصديق دون الحصول على المعلومات الأساسية كما أن القانون أعطى لجهة التصديق الحق في رفض إعطاء هذه الشهادة في حالة عدم توفرها على جميع المعلومات الأساسية أو في حالة عدم التأكد من هوية الشخص أو صفته كما تعمل أيضا سلطة المصادقة على تحيين المعلومات وتعديلها يوميا إن اقتضى الأمر ذلك وعليها إعلان تاريخ إصدار الشهادات وتاريخ الانتهاء.

---

[1] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص 228.

الفرع الثاني

الأحكام القانونية الخاصة بشهادة التصديق الالكتروني

تصدر جهات التصديق الالكتروني (مؤدي خدمات التصديق الالكتروني) المخولة له من قبل الدولة ممارسة هذا النشاط شهادة أو وثيقة الالكترونية يطلق عليها شهادة التصديق الالكتروني، كما يطلق عليها اصطلاح بطاقة إثبات الهوية الالكترونية.

هذه الشهادة عبارة عن سجل إلكتروني يتكون من بيانات أو معلومات الكترونية تنشأ وتعالج بواسطة وسيط الكتروني، وجدت هذه الشهادة ليشهد ويقر من خلالها بأن التوقيع الالكتروني هو توقيع صحيح، ويسند إلى من صدر عنه، ويستوفي الشروط والمعايير المطلوبة فيه، باعتباره دليل إثبات، كما تؤكد أيضا هذه الشهادة بأن البيانات الموقع عليها بيانات سليمة من التلاعب والعبث، ولم يطرأ عليها أي تزوير وعندها تصبح هذه البيانات موثوقة لا يمكن نفيها أو إنكار صحة مضمونها ولا الجهة التي أصدرتها، وتحتوي كل شهادة على بيانات خاصة يصاحبها كاسمه (سواء الحقيقي أو المستعار) وسلطته في التوقيع وأهليته ومهنته.[1]

وبما أن الشهادة الالكترونية في متناول الجميع فإنه يمكن التحقق من هوية الموقع وصلاحية توقيعه قبل إبرام التصرف بشكل نهائي.[2]

أولا- مفهوم شهادات التصديق الالكتروني

إن تعريف وتسميات شهادة التصديق الالكتروني قد تنوعت وتعددت بحسب تعدد التشريعات التي نظمت التجارة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني، ونظرا للدور الذي تلعبه شهادة التصديق الالكتروني في إبرام التصرفات عبر الوسائط الالكترونية خاصة في باب

---

[1] إن الشهادة الالكترونية محددة بموجب التوصية (x.509) الصادرة عن الاتحاد الدولي للاتصالات اللاسلكية (iTu) وتكرر الأخذ بهذه التوصية من جانب التنظيم الخاص بعالم الانترنت تحت عنوان Internet Engineering Force الذي طوع المعيار الخاص بالشهادات الالكترونية في سبيل تطبيقه على تكنولوجيا التوقيع الرقمي.

[2] منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 290.

الإثبات فقد حضيت بتحديد مفهومها في مختلف التشريعات الدولية منها والإقليمية والوطنية لذلك سوف نعمل في هذا العنصر على إبراز أهم التعريفات التي أعطيت شهادة التصديق الالكتروني مع التركيز على التشريع الجزائري باعتباره نظم شهادة التصديق الالكتروني بموجب المرسوم التنفيذي رقم 162/07 ونظمها كذلك بموجب القانون 04/15.

ثانيا – تعريف شهادة التصديق الالكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية

1- تعريف شهادة التصديق الالكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية :

لقد أقر القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية وظيفة التصديق الالكتروني وهكذا فإن الغير القائم لهذه الوظيفة أو ما يسمى بمزود خدمات التصديق يقدم شهادة تسمى بشهادة التصديق الالكتروني هذه الشهادة جاءت معرفة بأحكام المادة 2 الفقرة (ب) من قانون الأونسيترال بأنها:

<<شهادة تعني رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع >>.

ما يلاحظ على التعريف الذي جاء به قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 أنه أخلط بين الكتابة الالكترونية أو المستند الالكتروني وبين الشهادة التي يمنحها الوسيط الذي يمثل الطرف الثالث الموثوق فيه بالإضافة إلى أن هذا التعريف جاء مركزا على الغرض من الشهادة وهو بيان الصلة بين الشخص الموقع وبيانات إنشاء التوقيع وان الشخص المحددة هويته هو المسيطر الوحيد على التوقيع.

أما بخصوص الاعتراف بعمليات التصديق خارج الحدود الوطنية فنجد المادة 12 من القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية من خلال فقرتيها الأولى والثانية قد أقرت مبدأ عدم التمييز بين الشهادات الالكترونية الصادرة داخل التراب الوطني لدولة معينة وتلك

الصادرة عن مقدم خدمات التصديق ببلد أجنبي وإنما يشترط في هذا الأخير أن تكون نشاطاته متوفرة على مستويات الدقة على الأقل لتلك الخاصة بالدولة المشترعة.[1]

2-تعريف شهادة التصديق الالكتروني بحسب ما جاء به التوجيه الأوربي :

لقد عرف التوجيه الأوربي رقم 1999/93 شهادة التصديق الالكتروني بموجب المادة 9/2 بقولها: <<تعني شهادة الكترونية تربط بيانات التحقق من التوقيع لشخص وتؤكد هوية ذلك الشخص>>.

كما نصت الفقرة 10 من المادة 2 على ما يسمى "بالشهادة المؤهلة" وعرفتها بأنها <<تعني شهادة تفي بالشروط المنصوص عليها في المرفق 1 ويتم توفيرها من قبل مقدم خدمات التصديق الالكتروني الذي يفي بالمتطلبات المنصوص عليها في المرفق>>.[2]

إذن التوجيه الأوربي عرف شهادة التصديق بأنها شهادة الكترونية أو إقرار الكتروني يربط المعلومات المتعلقة بالتأكد من توقيع شخص ما بشخص معين وتؤكد هوية هذا الشخص ففي الفقرة التاسعة عرف الشهادة الالكترونية بشكل عام وفي الفقرة العاشرة عرف الشهادة المؤهلة وهي المعتد بها من الناحية القانونية بشرط أن تتوافر على شروط الشهادة من ناحية ويفي موفرها بالمتطلبات القانونية من ناحية ثانية.

والتوجيه الأوربي حدد البيانات التي يجب أن تتوافر عليها شهادة التصديق فهناك بيانات إلزامية وهناك بيانات اختيارية :

---

[1] المادة 12 من القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية الفقرة 2 <<يكون للشهادة التي تصدر خارج الدولة (المشترعة) المفعول القانوني نفسه في (الدولة المشترعة) الذي للشهادة التي تصدر في (الدولة المشترعة) إذا كانت تتيح مستوى مكافئا جوهريا من الموثوقية>>.

[2] المادة 2 الفقرة 10.9 من التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 99 نصها كالأتي:

9) « Certificat » une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirmé l'identité de cette personne.
10) « Certificat qualifie » : un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'annexes I et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigence visées à l'annexe II.

أ- البيانات الإلزامية :

- اسم الموقع الفعلي أو اسمه المستعار الذي يمكن التحقق منه.
- المفتاح العام الذي يمكن الوصول من خلاله إلى المفتاح الخاص للموقع والذي يخضع لرقابة هذا الأخير.
- تحديد مدة صلاحية الشهادة من بدايتها إلى نهاية الصلاحية.
- التوقيع الالكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة.

تخلف هذه البيانات يترتب عليه بطلان شهادة التصديق الالكتروني وعدم صلاحيتها للغرض الذي سلمت من أجله.[1]

ب- البيانات الاختيارية:

- تحديد شخصية مقدم الخدمة والدولة التي أنشأ بها لممارسة اختصاصه .
- الميزة الخاصة بالموقع حسب الوظيفة والاستعمال الذي من أجله أعطيت الشهادة لاستخدامها فيه.
- الرقم التسلسلي الخاص بالشهادة.
- حدود استخدام الشهادة .
- قيمة الصفقات التي يمكن استخدام الشهادة بشأنها.

هذه البيانات اختيارية غير ملزمة وتخلفها لا يؤثر في صحة شهادة التصديق أو بطلانها وتبقى صالحة للغرض الذي سلمت له.

ثالثا- تعريف شهادة التصديق الالكتروني في التشريعات الوطنية

1-تعريف شهادة التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري

[1] وسيم شفيق الحجار. المرجع السابق. ص 218.

التشريع الجزائري تعرض لشهادة التصديق الالكتروني بالمرسوم رقم 162/07 في مادته الثالثة وقد جاءت معرفة للشهادة الالكترونية بأنها وثيقة في شكل الكتروني تثبت العلاقة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع.

كما عرف كذلك المرسوم الشهادة الالكترونية الموصوفة بأنها شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة.

غير أن هذا المرسوم لم يوضح البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الالكتروني ولم يبين المتطلبات التي لابد أن تستجيب لها الشهادة الالكترونية الموصوفة ونظرا لهذا الفراغ التشريعي في تنظيم شهادة التصديق الالكتروني لأن المنظومة القانونية في مجال التوقيع والتصديق الالكتروني لم تكن متكاملة وليست في مستوى التطلعات الاقتصادية والتجارية خاصة وأن المنظمة العالمية للتجارة فرضت شروطا من بينها التعويل في مجال المعاملات على التجارة الالكترونية.

هذا الخلل في المنظومة التشريعية دفع بالمشرع إلى سن قانون خاص يتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين ومن خلال مراجعة أحكام هذا القانون فيما يخص شهادة التصديق الالكتروني نجد، وأن التشريع الجزائري فعلا قد عرف شهادة التصديق الالكتروني في المادة 7/2 من قانون 04/15 بأنها <<وثيقة في الشكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع>>.

الملاحظ على الفقرة السابعة من المادة الثانية أنها لم تخرج في تعريفها لشهادة التصديق الالكتروني على ما جاءت به أحكام المادة الثانية الفقرة 9 من التوجيه الأوربي رقم 1999/93 لأن كلا التعريفين جاء مركزا على الغرض من شهادة التصديق الالكتروني.

كما تعرض كذلك التشريع إلى شهادة التصديق الموصوفة في أحكام المادة 15 من القانون 04/15 وبهذا القانون يكون التشريع الجزائري قد صنف نفسه من التشريعات التي أقرت بنوعين أو نموذجين للشهادات الالكترونية.

وهما الشهادة الالكترونية البسيطة، وهي المعرفة بالمادة 2 الفقرة 7 وشهادة التصديق الالكتروني الموصوفة المنصوص عنها بالمادة 15 من ذات القانون.

وشهادة التصديق الالكتروني الموصوفة حسب أحكام المادة 15 هي الشهادة التي تستجيب للمتطلبات المنصوص عنها بهذا النص والمتمثلة في الآتي:

1 – أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق الالكتروني، طبقا لسياسة التصديق الالكتروني الموافق عليها.

2 – أن تمنح للموقع دون سواه.

3 – يجب أن تتضمن على الخصوص:

أ- إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق الكتروني موصوفة.

ب- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الالكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه.

ج- اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.

د- إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الالكتروني.

هـ- بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الالكتروني وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الالكتروني.

و- الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الالكتروني.

ز- رمز تعريف شهادة التصديق الالكتروني.

ح- التوقيع الالكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الالكتروني .

ط- حدود استعمال شهادة التصديق الالكتروني عند الاقتضاء.

ي- حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الالكتروني عند الاقتضاء.

ك- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي أخر عند الاقتضاء.

الملاحظة هو أن التشريع الجزائري اعتمد في المادة الثانية على إعطاء تعريفا عاما للشهادة الالكترونية وفي أحكام المادة 15 نص على شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة وبين المتطلبات التي ينبغي أن تكون متوفرة في هذه الشهادة وهذا اقتداء بما جاء به التوجيه الأوربي.

2-تعريف شهادة التصديق الالكتروني في التشريع التونسي:

المشرع التونسي عرف شهادة التصديق الالكتروني في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية بموجب الفصل 3/2 <<شهادة المصادقة الالكترونية الوثيقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها اثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها>>.

ويجب أن تتضمن هذه الشهادة البيانات الآتية :

- هوية صاحب الشهادة .
- مدة صلاحية الشهادة.
- مجالات استعمال الشهادة.
- التوقيع الالكتروني وهوية الشخص الذي أصدرها.
- عناصر التدقيق في إمضاء صاحب هذه الشهادة.

بتوافر هذه البيانات تكون شهادة التصديق قادرة على ضمان صحة المعلومات المصادق عليها في تاريخ تسليمها والصلة بين صاحب الشهادة ومنظومة التدقيق في التوقيع الخاص به وانفراد صاحب الشهادة بمسك منظومة.[1]

المشرع التونسي في تعريف شهادة التصديق الالكترونيساير نسق قانون الأونسيترال والتوجيه الأوربي وهو تحديد الغاية من إصدار شهادة التصديق ألا وهي تحديد هوية الموقع والتأكيد على صحة البيانات الموقع عليها.

3–تعريف شهادة التصديق الالكتروني في التشريعين المصري والأردني

المشرع المصري عرف شهادة التصديق الالكتروني في المادة 1/و من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني بأنها <<الشهادة التي تصدر عن الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع>> أما بخصوص بيانات شهادة التصديق فقد نصت المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني على نوعين من البيانات بيانات إجبارية (إلزامية) وبيانات اختيارية.

البيانات الإلزامية :

- ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للاستخدام في التوقيع الالكتروني.
- موضوع الترخيص الصادر للمرخص له موضحا فيه نطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه.
- اسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة ومقرها الرئيسي وكيانها القانوني والدولة التابعة لها أن وجدت.
- اسم الموقع الأصلي أو اسمه المستعار أو اسم شهرته وذلك في حالة استخدامه لأحدهما.

[1] المراد بالمنظومة إحداث الإمضاء حسب ما جاء في الفقرة 6 من الفصل 2 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي << مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء الكتروني >>.

- صفة الموقع.
- المفتاح الشفري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح الشفري الخاص.
- تاريخ بدء صلاحية الشهادة وتاريخ انتهائها.
- رقم تسلسل الشهادة.
- التوقيع الالكتروني لجهة إصدار الشهادة.
- عنوان الموقع الالكتروني wweb site المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة.

فبالإضافة إلى البيانات الإلزامية هناك بيانات اختيارية جاءت بأحكام نفس المادة السابقة وهي:

- ما يفيد اختصاص الموقع والغرض الذي تستخدم فيه الشهادة.
- حد قيمة التعاملات المسموح بها بالشهادة.
- مجالات استخدام الشهادة.

أما التشريع الأردني فقد عرف شهادة التصديق الالكتروني بأحكام المادة 2 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني بأنها<<الشهادة التي تصدر عن جهة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة >>

الملاحظ بخصوص البيانات التي تتضمنها شهادة التصديق سواء في التوجيه الأوربي أو المصري أو التونسي.

نجدها تتشابه من حيث أنها تدل على هوية أطرافها وتفيد هذه البيانات في التحقق من مزود خدمة التصديق الالكتروني.

من خلال ما سبق دراسته يتضح جليا وأن التشريعات اعتمدت وأقرت نوعين من الشهادة الالكترونية فهناك شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة وهذا النوع يستجيب لسلسلة من المعايير مثل أن تصدر من جهة خاصة بإصدار شهادات التصديق، وشريطة أن تكون

هذه الشهادة موصوفة وتتضمن مجموعة من البيانات التي حددتها التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية أو التوقيع.

أما شهادة التصديق الالكتروني البسيطة فهي حسب التوصية (x.509) الصادرة عن الاتحاد الدولي للاتصالات (ITU) تتضمن وتشتمل على نوعين من البيانات بيانات إلزامية بحيث يجب أن تتضمنها كل شهادة وبيانات اختيارية متروكة للجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني في أن تضمنها في الشهادة أم لا.

المطلب الثاني

مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني

من المبادئ المستقر عليها قانونا وقضاء هو مبدأ أن العمل الشخصي المسبب ضررا للغير يرتب المسؤولية ويلزم صاحبه بالتعويض<< سواء كان الخطأ ناتجا عن عدم تنفيذ بعض أو كل الالتزامات الواردة في العقد وهو ما يسمى (الخطأ العقدي) أو كان الخطأ ناتجا عن انحراف في السلوك المتعارف عليه (المألوف) للشخص العادي مع إدراك حقيقة الخطأ (الخطأ التقصيري) بشرط توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر>>[1]

هذا المبدأ كرسه القانون المدني الجزائري بأحكام المادة 124 منه بقولها<< كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض>>[2]

إن جهة التصديق عند إصدارها لشهادة التوثيق الالكترونية فإنها تعمل بذلك على تأكيد سلامة، وصحة المعلومات والبيانات الواردة بهذه الشهادة، إضافة إلى تأكيدها لصحة وقانونية التوقيع الالكتروني المثبت عليها.

[1] الأهواني حسام الدين كامل، نظرية الالتزام المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2000، ص420.

[2] القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية. طبعة 2005_ 2006 منشورات بيرتي.

والمسؤولية عن الأضرار التي تحدث للغير من أهم موضوعات القانون المدني، ووضعت لها قواعد عامة تحكمها إلى جانب هذه القواعد.

تفطنت بعض التشريعات إلى الأهمية المترتبة على تنظيم مسؤولية جهات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني فأفردت لها نصوص قانونية خاصة في حين أن بعض التشريعات أغفلت تنظيم مسؤولية جهات التوثيق الالكتروني

<< وتظهر أهمية مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني من الدور الأساسي الذي تقوم به وهو دور وسيط أو الطرف الثالث المؤتمن بين الأشخاص الذين يعتمدوا الوسائط الالكترونية في التعاقد وإتمام تصرفاتهم القانونية >>[1]

حيث يقوم بتوثيق هذه المعاملات والتصديق على توقيعات أصحاب الشأن وتصدر بذلك شهادة الكترونية معتمدة تفيد صحة التوقيعات وسلامة المعلومات.

وقد يعتمد شخص ما على شهادة الكترونية معتقدا صحة المعلومات الواردة بها ويقوم بالتعامل مع الغير على هذا الأساس ثم يكتشف لاحقا عدم صحة الشهادة[2]

مما يترتب عن ذلك خسائر وأضرار بليغة بالمتعامل المعتمد على هذه الشهادة خاصة وان الأضرار في مجال التعاملات الالكترونية تكون جسيمة لأن قيمة التعاملات والصفقات ضخمة هنا تثار مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ولدراسة مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للقواعد العامة.

---

[1] أبو ليل إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 18.

[2] يرجع عدم صحة المعلومات التي تتضمن شهادة التصديقّ إلى :

- فشل جهات التصديق في الحصول على دليل صحيح يبين هوية صاحب التوقيع.
- عدم دقة وسائل التشفير المستخدمة .
- عدم إمساك دفاتر وسجلات ملائمة لحفظ المعلومات أو عدم متابعة هذه السجلات ومراجعتها وتحديثها.

الفرع الثاني: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للقواعد الخاصة المنظمة لها.

الفرع الأول

مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للقواعد العامة

لقد سبق وأن ذكرنا أن هناك العديد من التشريعات أغفلت وضع نصوص قانونية خاصة تنظم من خلالها مسؤولية جهات التوثيق (مؤدي خدمات التصديق الالكتروني) على الرغم من أنها أصدرت قوانين ضبطت بموجبها القواعد التي تحكم عملها وشروطها وخصائصها والشهادات التي تصدرها ومن بين هذه التشريعات التشريع الفرنسي والمصري فهل سكوت مثل هذه التشريعات عن وضع قواعد خاصة تحكم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني يعني إخضاعها إلى القواعد العامة؟

إن منطق الأمور والأشياء في مثل هذه الحالات يقتضي بالضرورة إخضاع مسؤولية جهات التوثيق في التعويض عن الضرر الناجم عن إهمالها وإخلالها بالتزاماتها لأحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية متى توافرت أركانهما وشروطهما فبموجب العلاقة القائمة بين جهة التوثيق الالكتروني وصاحب الشهادة وبوجود عقد بينهما تخضع هذه العلاقة لأحكام المسؤولية العقدية أما فيما يخص علاقة مؤدي خدمات التصديق بالغير الذي عول على الشهادة الصادرة عنه وفي ظل عدم وجود عقد (أي رابطة عقدية) فإن العلاقة تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية.

أولا- المسؤولية العقدية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني

مزود خدمات التصديق مسؤول عن صحة البيانات والمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الصادرة عنه فهو يضمن صحة التوقيعات الواردة فيها ومن ثم يمكن لأي كان الاعتماد عليها والدخول في معاملات ترتب آثارا قانونية في حقه، ذلك أن المشتري يمكنه أن يسدد ثمن البضاعة، أو مقابل الخدمة للبائع استنادا، واعتمادا على شهادة التصديق

الالكترونية التي صدرت لصالحه وتؤكد توقيعه كما يمكن للبائع أن يسلم السلعة أو الخدمة للمشتري الذي صدرت في شأنه شهادة التصديق وورد فيها أن توقيعه الالكتروني صحيح.

فشهادة التصديق يعتبرها البعض المحرك لتمام الإجراءات والمعاملات الالكترونية التي يسبقها رضاء الأطراف على إتمام المعاملة ثم تأتي مرحلة التوثيق كضمان للأطراف.[1]

يقصد بالمسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة الجزاء الناشئ على الإخلال بعقد من العقود من خلال هذا التعريف نستشف أن المسؤولية العقدية تقتضي الشروط الآتية:

- وجود عقد صحيح واجب التنفيذ.
- إخلال المدين بتنفيذ العقد.
- أن يلحق بالدائن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ.[2]

تقوم المسؤولية العقدية لمقدم خدمة التوثيق في مجال العلاقة بينه وبين صاحب الشهادة الالكترونية نظرا لوجود عقد حقيقي بين الطرفين وهو عقد التوثيق الالكتروني ويسمى كذلك بعقد تسليم الشهادة الالكترونية.

كما يمكن تصور قيام المسؤولية العقدية كذلك بين مؤدي خدمات التصديق الالكتروني والغير الذي عول على الشهادة متى كان هذا الغير مرتبط بجهة التصديق بصلة مباشرة ومثال ذلك أن يتلقى هذا الغير الشهادة الالكترونية والمفتاح العام من جهة التصديق عن طريق اتصاله المباشر أو عن طريق موقعها الالكتروني.

ويرى جانب من الفقه أن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق العقدية لا تتوقف عند علاقته بالموقع (صاحب الشهادة) والمرسل إليه بل كذلك بينه وبين الغير على أساس وجود اتفاق

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 217.

[2] حسين منصور، المسؤولية العقدية الالكترونية للقانون العربي، ص 65.

يجمع بين جهة التصديق والغير وهو اتفاق مستقل عن العقد المبرم بينه وبين صاحب الشهادة (شهادة التصديق الالكتروني_ صاحب التوقيع الالكتروني).

هذا الاتفاق يكمن في طلب الحصول على شهادة الكترونية تؤكد صحة توقيع الكتروني معين وهو إيجاب من الغير يقابله قبول من مؤدي خدمات التصديق بمنح الشهادة المطلوبة وعند إخلال مؤدي خدمات التصديق بالاتفاق تثار مسؤوليته العقدية.

وثمة احتمال ثالث إذا توفر يمكن أن تثور مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني العقدية اتجاه الغير، وهذا الفرض أو الاحتمال هو الاشتراط لمصلحة الغير، ويتحقق عندما يشترط صاحب شهادة التصديق على مؤدي خدمات التصديق أن يضمن اتجاه الغير الأضرار التي قد تصبه من تعويله على الشهادة في هذه الحالة ينشئ هذا العقد(الذي يتضمن الاشتراط لمصلحة الغير) واجبا عقديا وقانونيا لصالح الغير تتحمله جهة التصديق[1]، وفي هذه الحالة يكون فيها الموقع (صاحب شهادة التصديق) المشترط ومؤدي خدمات التصديق المتعهد(المشترط عليه) والغير يكون في مركز المشترط له (المنتفع).

ويمكن القول أن أي إخلال بالالتزامات، التي يرتبها العقد من جانب مؤدي خدمات التصديق الالكتروني يرتب، ويوجب مسؤوليته العقدية، وبحسب القواعد العامة فإن المسؤولية العقدية تقوم على ثلاثة أركان وهي:

- ركن الخطأ العقدي.
- ركن الضرر.
- ركن علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

[1] مدحت محمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص70.

1- ركن الخطأ العقدي

يتمثل الخطأ العقدي في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد أيا كان السبب، في ذلك سواء أكان ناشئا عن عمد وعند أو إهمال.[1]

والخطأ العقدي يتوفر في جانب مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في حالة إخلاله بأي التزام من الالتزامات، التي يرتبها عقد التصديق، والمتمثلة أساسا في الامتناع عن تنفيذ الالتزام امتناعا كليا، أي لا يقوم به أصلا، أو امتناع جزئي بتنفيذ غير مطابق لما ورد في العقد. مثل تقديم شهادة توثيق تتضمن بيانات غير صحيحة، أو تقديم شهادة معيبة[2].

ولبيان حدود مسؤولية مؤدي خدمات التصديق ينبغي تبيان طبيعة الالتزام الواقع على عاتقه:

الفقه اختلف في تحديد طبيعة الالتزام الواقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني والذي يرتب مسؤوليته العقدية فيرى البعض أن طبيعة الالتزام تتوقف على طبيعة العقد الذي يربط صاحب شهادة التصديق لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني ومقررا انه يمكن أن ينظر إلى عقد تقديم شهادة الكترونية بأنه عقد مقاولة وخلص أصحاب الرأي إلى أن الالتزامات الواقعة على عاتق مقدم خدمة التصديق هي بذل العناية.

وجانب آخر من الفقه يرى بأن طبيعة الالتزام يتوقف على صياغة التزامات جهة التوثيق، فإذا كان العقد مثلا ينص على أن يضمن مؤدي خدمات التصديق صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة، فهنا الالتزام هو تحقيق نتيجة، ويتحمل مسؤولية كاملة بمجرد ثبوت عدم صحة معلومات الشهادة. أي أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على (الخطأ

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، الجزء1، ص 656.

[2] مصطفى أبو مندور، خدمات التوثيق الالكتروني، ندوة الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، كلية الحقوق، جامعة حلوان مسقط 23 /2008/11، ص 126.

المفترض) في المدين أي مؤدي خدمة التصديق، والدائن سواء كان صاحب الشهادة أو المرسل إليه يقع عليه فقط إثبات وجود الالتزام بتحقيق النتيجة، وصحة الاتفاق، وعلى المدين إثبات تحقيق النتيجة، حيث لا تبرأ ذمته إلا إذا تحققت النتيجة المترتبة عن الاتفاق، مثل: إنشاء توقيع الكتروني – إصدار شهادة تصديق....إلخ[1].

المعلوم بحسب القواعد العامة، أن المسؤولية العقدية أساسها الخطأ المفترض في جانب المدين في حالة عدم تنفيذ التزامه جزئيا أو كليا أو تأخر في تنفيذه ولا يعفى مؤدي خدمات التصديق الالكتروني من المسؤولية إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو أن عدم التنفيذ راجع إلى فعل الدائن، فمثلا عدم تنفيذ مؤدي خدمة التصديق لالتزامه المتمثل في ضمان صحة البيانات راجع إلى فعل الدائن نفسه كأن يقدم أوراق مزورة أو أن التأخر في إصدار شهادة التصديق كان بسبب تأخر صاحب الشهادة.

2- ركن الضرر

وهو الركن الثاني والأهم في المسؤولية العقدية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني لأن الخطأ وحده غير كاف لقيام المسؤولية وهذا بحسب القواعد العامة.

والضرر الذي يعتبر ركن في المسؤولية المدنية يشترط فيه القانون أن يكون مباشر ومتوقع الحصول ومحققا، أما إذا كان الضرر مستقبليا فهو إما أن يكون محقق الوقوع، وبالتالي يتعين التعويض عنه قبل وقوعه أي عدم انتظار وقوعه لرفع دعوى المسؤولية المدنية، وإذا كان الضرر محتملا فلا محل لطلب التعويض عنه في الحال[2].

والمعيار المعتمد في تحديد المسؤولية هو معيار الرجل العادي (أي بذل عناية الرجل العادي وليس عناية الرجل الممتاز)، ومن المبادئ المستقر عليها قضاء هو مبدأ << أن

[1] إبراهيم إبراهيم عبيد آل علي، العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق كلية الحقوق جامعة حلوان مصر السنة الجامعية2010، ص 386.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 27.

العمل الشخصي المسبب ضررا للغير يرتب المسؤولية ويلزم صاحبه بالتعويض وان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون >>[1]

وفي هذا الركن من أركان المسؤولية العقدية لمزود خدمات التصديق الالكتروني أن عبء الإثبات يقع على الدائن فلا يكفي إثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه للافتراض وقوع الضرر لأنه قد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن أي ضرر بمعنى آخر أن موضوع الإثبات ينصب على واقعة حصول وحدوث الضرر [2]

3- ركن علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي من الناحية القانونية أن يكون هناك خطأ وضرر لقيام المسؤولية العقدية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني بل ينبغي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر لأنه من الممكن أن يكون هناك خطأ من المدين (جهة التصديق الالكتروني)، وضرر للدائن (الموقع أو الشخص المستفيد من خدمة المصادقة الالكترونية)، دون أن يكون الخطأ هو المتسبب في إحداث الضرر << بمعنى آخر يجب أن يكون الضرر الذي حصل لصاحب الشهادة سببه الخطأ المرتكب من جهة التصديق والمتمثل في إخلالها بأي التزام من التزاماتها التعاقدية >>[3].

ومثال ذلك أن يصدر مؤدي خدمات التصديق شهادة التصديق الالكترونية بعد الميعاد المتفق مما يؤدي إلى تفويت الفرصة على صاحب الشهادة وتعرضه لخسارة مادية.

أما إذا كان سبب الضرر راجع إلى سبب آخر لا علاقة له بالإخلال الحاصل من مؤدي خدمة التصديق، فهنا تنتفي علاقة السببية ولا تقوم مسؤولية مؤدي خدمة التصديق. ومثال ذلك أن يصدر مؤدي خدمات التصديق شهادة تصديق إلى الموقع (صاحب الشهادة)

---

[1] قرار المحكمة العليا، الصادر في 1983/01/05، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد01، ص 32-33-34.

[2] أنور سلطان، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ،الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1970، ص 239 إلى242.

[3] عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة 1980، بدون دار نشر، ص 239 إلى242.

ويصبه ضررا ناجما عن إفشائه سر منظومة إحداث التوقيع الالكتروني والشهادة غير معيبة هنا تنقطع علاقة السببية.

ولهذا تمتنع مسؤولية مؤدي خدمات التصديق.

أما بخصوص إجراءات الإثبات فهي ركن علاقة السببية أي أن الصلة بين الخطأ والضرر قائمة ولا يلزم الدائن بإثبات علاقة السببية بل أن المدين هو الملزم بإثبات العكس، أي نفي علاقة السببية بين الخطأ المرتكب منه والضرر الذي أصاب صاحب الشهادة، أي أن الإثبات يقع عليه ولا يقع على الدائن والمدين لا يمكنه إثبات عدم قيام علاقة السببية إلا من خلال إثبات أن سبب الضرر يعود إلى سبب أجنبي كحالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي متى توافرت شروطه[1].

وأن شرط القوة القاهرة والحادث الفجائي هما عدم التوقع وعدم القدرة على دفعهما، وتؤدي هذه القوة القاهرة إلى استحالة التنفيذ. كما أنه يمكن أيضا نفي علاقة السببية بين خطأ مؤدي خدمات التصديق والضرر الذي أصاب صاحب الشهادة بإثبات أن سبب الضرر هو خطأ صاحب الشهادة نفسه، وقد يمكن كذلك نفي علاقة السببية من خلال إثبات أن الضرر يعود إلى فعل الغير كسرقة المفتاح الخاص بصاحب الشهادة الذي يستعمله في إبرام العقود وما ينجر عن ذلك من ضرر نتيجة استعمال المفتاح المسروق وهذا ما جاءت به أحكام المادة 127 من القانون المدني الجزائري.[2]

وبذلك يكون مؤدي خدمات التصديق غير مسؤول ولا يلزم بتعويض الضرر الذي أصاب صاحب الشهادة مع الملاحظة أن التعاملات الالكترونية التي تتم في وسط افتراضي

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 338 – 339 .

[2] المادة 127 من القانون المدني الجزائري: << إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا ضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك>>

يصعب فيها الإثبات لأنه ليس بالأمر السهل حتى في ظل وجود عقد بين مؤدي خدمات التصديق وصاحب الشهادة (الموقع) .

ثانيا : المسؤولية التقصيرية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني

المسؤولية التقصيرية تتجسد في الجزاء الذي يرتبه القانون عن الإخلال بالواجبات القانونية وتهدف في أساسها إلى التعويض عن الضرر الذي أصاب شخصا نتيجة خطأ شخص آخر دون أن يكون هذا الإخلال بالتزام تعاقدي بين مرتكب الخطأ والمتضرر وقوام هذه المسؤولية التزام قانوني عام يتمثل في عدم الإضرار بالغير.

إن المسؤولية التقصيرية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني تتجلى من مسؤولية تعويض الضرر الذي أصاب الغير.[1]

الذي اعتمد في تعامله الالكتروني على شهادة تصديق الكترونية معولا على البيانات التي تتضمنها هذه الشهادة، دون أن يطلبها مباشرة، ودون وجود عقد يتضمن شرط الاشتراط لمصلحة الغير، ويترتب على قيام المسؤولية التقصيرية نشوء حق للمضرور بسبب فعل الضار في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من المسؤول عن الضرر[2].

إن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق في هذا الشأن تخضع للشروط العامة متى توافرت الأركان الخاصة للمسؤولية التقصيرية.

1-ركن الخطأ التقصيري

يتحقق الخطأ التقصيري عند الإخلال والمساس بحقوق الغير مخالفة للمبدأ العام وهو احترام حقوق الغير وعدم إلحاق الضرر بهم، والفعل الضار يقع عندما يخل مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بواجب الحيطة اللازمة، والعناية في سلوكه.

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1052.

[2] عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة الجزائر، طبعة2004، ص 105.

مثال ذلك الخطأ الذي من شأنه المساس بمصداقية التوقيع الالكتروني أو شهادة التصديق المنسوبة للموقع[1]

2- ركن الضرر

هذا الركن لا يخرج عن النسق القانوني العام الذي سبق التطرق إليه في أركان المسؤولية العقدية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

3- ركن علاقة السببية

هذا الركن هو الآخر لا يخرج عن القواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية والتي تشترط أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عليه قد تسبب فيه الخطأ المرتكب من طرف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر وبانتفاء علاقة السببية تنتفي المسؤولية بمعنى آخر أن وجود الخطأ والضرر لا يرتبان المسؤولية المدنية ما لم تكن هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

أما عبء الإثبات في المسؤولية التقصيرية فإنه يقع على المضرور وهذا ما يصعب من الناحية العملية لأن الأمر هنا متعلق بإثبات عمل فني دقيق يستحيل على الغير القيام به لأن جهة التصديق بإمكانياتها الفنية العالية ومواردها المالية والبشرية المدربة وبمستشاريها قادرة على إثبات عكس ما يقدمه المضرور من أدلة إثبات أو إثبات أن الضرر كان واقعا مهما بذل من جهد وعناية وحرص كما يمكن لجهة مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يثبت أن الضرر كان نتيجة لسبب أجنبي، ومنه فإن حماية المضرور في مثل هذه الحالات، والمواقف لا تتحقق فقط بقلب عبء الإثبات طالما أن المضرور عاجز بحكم هذا الاختلال في التوازن بين أطراف الدعوى عن فهم ومناقشة وتفنيد ما يقدمه الطرف

[1] ثامر محمد الدمياطي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمات التوقيع الالكتروني دراسة تحليلية مقارنة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء التشريعي، العدد 501، القاهرة 2011، ص294.

القوي (مؤدي خدمات التصديق من وسائل دفاع وبراهين وفنيات لإبراز عدم توافر الخطأ في جانبه.

الفرع الثاني

مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للقواعد الخاصة المنظمة لها

من خلال دراسة المسؤولية المدنية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للقواعد العامة تبين عدم كفاية هذه القواعد لتنظيم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق (جهة التوثيق). سواء فيما يتعلق بشروط وأحكام المسؤولية، أو طبيعة الأضرار الواجب التعويض عليها. لذلك تدخل المشرع ونص بموجب أحكام خاصة على مسؤولية مؤدي خدمات التصديق. إن تعدد التشريعات التي نظمت أحكامها نشاط جهة التصديق اختلفت وتباينت الالتزامات ومن ثمة طبيعة المسؤولية من تشريع لآخر وأولى هذه الالتزامات التأكد من صحة البيانات التي يتم تدوينها في شهادة التصديق الالكترونية لأنها الباعث من جهة والضامن من جهة أخرى لصحة التعاملات الالكترونية، وبحجم هذه الالتزامات تتحدد المسؤولية [1].

ويمكن التعبير عنها بالنصوص القانونية المنظمة لمسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وطرق التحلل من المسؤولية ونوع الأضرار التي يعوض عنها ولبيان هذه المسؤولية الناشئة عن إخلال جهة التصديق بالتزامات ارتأيت من خلال هذا الفرع دراسة المسؤولية المدنية في التشريعات الإقليمية والتشريعات الوطنية مع التركيز على أحكام القانون الجزائري الذي نظم هذه المسؤولية.

أولا – مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للتوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 1999

[1] أبو الليل الدسوقي، المرجع السابق، ص1877.

تعتبر المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالغير من أهم موضوعات القانون المدني لذلك فهذه الأخيرة حضيت بالنص عليها وتنظيمها من أغلب التشريعات، وقد وضعت لها قواعد منظمة لكن في كثير من الحالات تكون هذه القواعد عاجزة وقاصرة لذلك يتدخل المشرع من حين إلى آخر لتنظيم الحالات الخاصة بالمسؤولية، ويضع لها قواعد متفردة، ومخالفة للقواعد والأحكام العامة في وجه أو أكثر سواء فيما يخص شروط قيام المسؤولية أو تقييدها أو الأضرار التي تعوض عنها ومقدار التعويض وهذا ما تجسد فعليا في مسؤولية مؤدي خدمات التصديق خاصة، ولأن مسؤولية هذا الأخير ومدا ضمانه للأضرار التي تلحق بالغير الذي يعول على شهادة التصديق الصادر عنه تعتبر من أدق المسائل التي تثيرها المعاملات الالكترونية. نظرا لحداثتها من جهة وطبيعة المعاملة من جهة لكونها تتم في فضاء افتراضي يغيب عنه الوجود المادي الملموس للأطراف المتعاقدة وما تجدر الإشارة إليه أن هناك من التشريعات لم تعمل على وضع نصوص خاصة لمسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني حيث تركت هذه المسألة للتشريعات كما هو الحال بالنسبة للقانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية.

من أهم المزايا التي ينفرد بها التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 1999 هو تنظيمه لمسؤولية جهات التوثيق الالكتروني بنصوص خاصة، وأنه ميز بين نوعين من شهادات التصديق الالكتروني:

النوع الأول وهي شهادات التصديق الالكترونية البسيطة وفي هذا النوع ترك التوجيه الأوربي مسألة تنظيمية للقوانين الوطنية. أما النوع الثاني من شهادات التصديق الالكتروني وهي الشهادات الموصوفة أو المؤهلة (أي المؤيدة بإجراءات لضمان لصحتها).

وهذا النوع من الشهادات نظمت التوجيه الأوربي مسؤولية الهيئات التي تصدرها عن الأضرار التي تصيب الغير الذي يعول على صحتها ويتعامل بموجبها على هذا الأساس

يتمثل التنظيم القانوني الذي وضعه التوجيه الأوربي لمسؤولية لمؤدي خدمات التصديق عن الأضرار والخسائر اللاحقة بالغير إثر اعتماده على المعلومات التي تضمنها شهادة التصديق على قاعدتين:

القاعدة الأولى: المسؤولية المفترضة لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني (جهات التوثيق الالكتروني)[1].

تكون سلطة المصادقة (جهة التصديق) مسؤولة عن صحة المعلومات الموثقة والمدونة في الشهادات عند تاريخ تسليمها، وعن صحة الرابط بين الموقع وزوج المفاتيح، وعن ذكر كل إلغاء، أو وقف لمفعول الشهادة على لوائح ممكن الاطلاع عليها عبر شبكة الانترانت [2]

لقد نظمت المادة 6 من التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية القواعد الخاصة بمسؤولية الجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني بحيث تكون هذه الجهة مسؤولة عن تعويض الشخص الطبيعي أو المعنوي المتضرر من اعتماده على شهادة التوثيق الالكتروني فيما يتعلق :

1- صحة كافة البيانات المتضمنة في الشهادة الموصوفة من تاريخ الذي أصدرتها فيه واشتمالها على كافة البيانات المقرر بخصوصها.

2- التحقق خلال لحظة إصدار الشهادة الموصوفة أن صاحب التوقيع المحدد الهوية في الشهادة حاز البيانات الخاصة بإنشاء التوقيع المطابق للبيانات الخاصة بفحص التوقيع المحدد في الشهادة.

3- التحقق من أن البيانات الخاصة بإنشاء التوقيع وبفحص التوقيع يمكن استخدامها بصورة تكميلية في حالة قيام (المكلف بخدمة التوثيق) بتسيير

[1] أبو الليل إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص1878.

[2] Eric caprioli la loi francaise sur la preuve et la signature Electronique dans la perspective Européenne jcp n18 .3mais 2000 page 794.

نوعين من البيانات إلا إذا برهن على أنه لم يرتكب أي خطأ ما يلاحظ على التوجيه الأوربي بشان التوقيعات الالكترونية لم يشر إلى مسؤولية الجهة التي تصدر شهادات التصديق الالكتروني في حالة عدم تعليقها للعمل بالشهادة أو إلغائها إذا ما توفر سبب لذلك.

ومن الممكن أن سبب عدم نص التوجيه الأوربي على مسؤولية مؤدي خدمات التصديق في هذه الحالة يرجع إلى أن التوجيه الأوربي لم ينص على التزام جهات التوثيق الالكتروني بتعليق العمل بشهادة التوثيق أو إلغائها.[1]

كذلك لم يشر التوجيه الأوربي إلى مسؤولية جهات التصديق في حالة إفشاء الأسرار الخاصة بالعملاء لذلك فقد نادى الكثير من القوانين بضرورة إضافة بند رابع يعالج هذه الحالات لانعقاد مسؤولية جهة التصديق أما الفقرة الثانية من المادة السادسة من التوجيه الأوربي فقد نصت <<تسهر الدول الأعضاء على أن يكون المكلف بخدمة التوثيق الذي أصدر شهادة موصوفة للجمهور مسؤولا عن الضرر الذي يصيب شخصا طبيعيا أو معنويا مستفيدا من الشهادة إلا إذا برهن على انه لم يرتكب إهمالا>>[2]

من خلال استقرائنا لأحكام المادة الفقرة الثانية من المادة 06 المذكورة أعلاه إن التوجيه الأوربي أقر بالمسؤولية المفترضة لجهة التصديق الالكتروني التي تقوم على أساس الخطأ المفترض وليس على خطأ واجب الإثبات من الشخص المتضرر اثر تعويله على الشهادة الصادرة عن جهة التصديق طالما أنه حسن النية أي أنه كان يعتقد صحتها << ولكن هذا القرينة المفترضة بسيطة يمكن إثبات عكسها، أو دحضها من طرف جهة التصديق الالكتروني، وذلك بإثبات انه لم ترتكب أي خطأ أو إهمال ومنه فإن دور القرينة المفترضة هو نقل عبء الإثبات من المتضرر إلى جهة التصديق>>

[1] علاء حسين التميمي، المرجع السابق، ص 221.

[2] أبو الليل ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص1902.

الفقه الفرنسي يرى انه لرفع المسؤولية المفترضة لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني ونفي الخطأ المفترض لا يتوقف عند إثبات عدم توافر الخطأ في جانبه وإنما يجب أن يثبت أن مؤدي خدمات التصديق قد راع في تعاملاته لأصول وقواعد مهنة التصديق الالكتروني أي أنها تقوم بأعمالها وتنفذها على أكمل وجه ومطابقا لأفضل السبل المعروفة.[1]

وقت تسليم شهادة التصديق الالكتروني .

يمكن نفي المسؤولية من خلال إثبات أن الضرر يعود لسبب أجنبي خارج عن سيطرت مؤدي خدمات التصديق، كما يمكن نفي المسؤولية من خلال إثبات أن الضرر الحاصل والمطالب بتعويض عنه يرجع إلى الشخص المضرور في حد ذاته كتقديمه لأوراق مزورة، أو إثبات أن المتضرر لم يعول على شهادة التصديق بصورة مقبولة ومثال ذلك أن تكون شهادة التصديق المعتمد عليها قد أوقف العمل بها، أو ألغيت بسبب معين، أو أنها محددة بقيمة معينة، أو بنوع محدد من المعاملات، أو إثبات أن الضرر الحاصل يعود إلى قوة قاهرة، أو سبب أجنبي.

القاعدة الثانية: إمكانية تحديد نطاق صلاحية شهادة التوثيق:

لإقامة نظام التصديق الالكتروني يتمتع بدرجة عالية من الثقة والمصداقية والأمان ولدفع الجهات التي تمارس نشاط إصدار شهادات التصديق الالكتروني إلى العمل بجدية وتطوير مهامها لا بد من إقامة توازن بين المصالح (مصلحة جهة التصديق ومصلحة الأشخاص الذين يعولون على شهادة التصديق)، ولإقامة وتحقيق هذا التوازن أقر التوجيه الأوربي في الفقرة الثالثة من المادة 06 حق جهات التوثيق الالكتروني بتحديد نطاق صلاحية الشهادة ومنه فإن كل تجاوز لنطاق المحدد في شهادة التصديق سواء من حيث القيمة أو نوع المعاملات لا يثير مسؤولية جهات التوثيق الالكتروني ولا يمكن مسائلتها

[1] أبو الليل إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص1903-1904.

عن هذا التجاوز بأي حال من الأحوال وهذا ما جاءت به الفقرة 3-4 من المادة السادسة بقولها.

الفقرة الثالثة: <<على دول الأعضاء أن تتحقق من كون المكلف بخدمة التوثيق يبين في الشهادة المعتمدة الحدود المعينة لاستخدامها شريطة أن يتاح للغير تمييز هذه الحدود ولا يجب أن يكون المكلف بخدمة التوثيق مسؤولا عن الضرر الناتج عن الاستخدام التعسفي للشهادة موصوفة تتجاوز الحدود المعينة لاستخدامها برهن >>

الفقرة الرابعة: تسهر الدول الأعضاء على ضمان أن يبين المكلف بخدمة التوثيق في الشهادة المعتمدة القيمة المحددة للصفقات التجارية التي يتم بشأنها استخدام الشهادة شريطة أن يتاح للغير تمييز هذا الحد وأن المكلف بخدمات التوثيق لا يكون مسؤولا عن الأضرار الناشئة عن تجاوز هذا الحد الأقصى.

يتجلى من الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة السادسة من التوجيه الأوربي أنه يحق لجهة التوثيق الالكتروني إيراد بعض التحفظات في شهادة التصديق من خلالها تحدد مجال مسؤوليتها تجاه الغير الذي يعول على الشهادة التي تصدرها ومن هذه القيود المحددة لنطاق صلاحية الشهادة ومسؤولية مقدم خدمات التوثيق وضع قيمة محددة للمعاملات لا يجوز لمن يعول على الشهادة تجاوزها أثناء إبرام عقوده وتعاملاته كما يمكن وضع مدة زمنية معينة لصلاحية الشهادة ينبغي على المعول على هذه الشهادة أن يتعامل بها ويعول عليها في مدة الصلاحية وأن استعمالها خارج مدة الصلاحية لا يحمل الجهة المصدرة لها أية مسؤولية تقيد شهادة التصديق بنوع معين من المعاملات شريطة أن يتاح لمن يعول على هذه الشهادة تمييزها مثل هذه العقود والملاحظ أن أثر هذه الشروط المقيدة لجهة التوثيق لا تسري فقط في مواجهة صاحب الشهادة وإنما تسري أيضا في مواجهة الغير الذي يعول على الشهادة.

ثانيا: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري القانون رقم 04/15:

لقد نظم القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين رقم 04/15 الجزائري مسؤولية مؤدي خدمات التصديق في الباب الثالث الفصل الثالث القسم الثاني تحت عنوان مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وصاحب شهادة التصديق الالكتروني في المواد من 53 إلى 57.

هذه المواد حددت الحالات التي بموجبها تنعقد مسؤولية مؤدي خدمات التصديق نحو صاحب الشهادة أو الغير الذي أعتمد على الشهادة بصورة معقولة وفي المادتين 56،57 حددت الحالات التي تنتفي فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

قيام مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا لأحكام المادة 53 من القانون04/15 :

تنص المادة 53 من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري على أنه: <<يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذي سلم شهادة التصديق الالكتروني موصوفة مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على شهادة التصديق الالكتروني هذه>>

من خلال هذه الفقرة يتضح وأن مؤدي خدمات التصديق يكون مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بالشخص الذي تعاقد معه بإصدار شهادة مصادقة أو أي شخص أخر اعتمد بصورة معقولة على هذه الشهادة وذلك في الحالات المبينة بذات المادة وهي:

1- صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة.

2- التأكد عند منح شهادة التصديق الالكتروني أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة أو المحددة في شهادة التصديق الالكتروني.

3- التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة إلا في حالة ما إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ما يثبت انه لم يرتكب أي إهمال.

حسب النص المذكور أعلاه يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عن جميع الأضرار اللاحقة بالشخص الذي اعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة وكانت المعلومات الواردة بهذه الشهادة غير صحيحة في التاريخ الذي منحت فيه والمعلومات بهذا النص هي تلك البيانات المنصوص عليها بأحكام المادة 15 من القانون رقم 04/15 ويشترط أن يكون سبب الضرر هو عدم صحة المعلومات ولا يرجع إلى سبب أخر لا يد لمؤدي خدمات التصديق فيه كما أن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق تثور عند إخلاله بالالتزامات والشروط المفروضة عليه بموجب القانون كأن لا يضمن شهادة التصديق جميع البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الموصوفة وتقوم كذلك مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المدنية عند منح شهادة التصديق دون التأكد أن الموقع يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق منها أو منح شهادة دون التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة كاملة يتبين أيضا من النص المذكور إن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني تكون مسؤولية عقدية تجاه العميل صاحب شهادة التصديق الذي تقدم بطلب لإصدار هذه الشهادة، وتكون مسؤولية تقصيرية في حالة حدوث ضرر للغير الذي اعتمد على شهادة التصديق خاصة وأن النص أقر مسؤولية مؤدي خدمات التصديق عن الأضرار اللاحقة بالشخص الذي اعتمد على هذه الشهادة دون تحديد لمعنى الاعتماد هل يقصد به الاعتماد من صاحب الشهادة أو الغير ومادام اللفظ جاء عاما فهو إذن يقصد الطرفين صاحب الشهادة والغير بمعنى

أخر أن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق تنعقد اتجاه كل طرف تعاقد معه لإصدار شهادة المصادقة أو أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها[1].

قيام مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا لأحكام المادة 54 من القانون 04/15 :

تنص المادة 54 على أنه <<يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذي سلم شهادة تصديق الكتروني موصوفة مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم الغاء شهادة التصديق الالكتروني هذه والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب خطأ >>

يستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري أقر بمسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم إلغاء شهادة التصديق ويكون إلغاء شهادة التصديق بحسب ما نصت عليه أحكام المادة 45 بقولها <<يلغي مؤدي خدمات التصديق الالكتروني شهادة التصديق الالكتروني في الآجال المحدد في سياسة التصديق بناء على طلب صاحب شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة الذي سبق تحديد هويته ويلغي مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أيضا شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة عندما يتبين >> :

1- أنه قد تم منحها بناءا على معلومات خاطئة أو مزورة أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الالكتروني غير مطابقة للواقع، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع.
2- أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق.
3- أنه تم إعلان مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الالكتروني.

---

[1] حجازي عبد الفتاح بيومي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني، ص 314.

من الالتزامات المفروضة على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني هو إلغاء شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة إما بناءا على طلب صاحب الشهادة أو في الحالات التي يقرر فيها القانون ذلك.

وتتحقق مسؤوليته في حالة عدم القيام بهذا الإجراء وترتب عن ذلك ضررا أصاب صاحب الشهادة في الحالة الأولى أو الغير في الحالات الأخرى أما إذا تم إلغاء شهادة التصديق الموصوفة بناء على طلب صاحبها فإن هذا الأخير يكون مسؤولا عن الأضرار اللاحقة بالغير وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ولكن السؤال الذي يطرح هو في حالة إلغاء شهادة التصديق من قبل مؤدي خدمات التصديق من الذي يتحمل المسؤولية في هذه الحالة؟

المادة 46 الفقرة الأخيرة نصت على أنه يحتج بالإلغاء تجاه الغير ابتداء من تاريخ النشر وفقا لسياسة التصديق الالكتروني لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني يفهم من هذه المادة أن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق عن الإلغاء تبقى قائمة ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير قبل تاريخ النشر أما بالنسبة لصاحب الشهادة فانه يحتج بهذا الإلغاء في مواجهته من تاريخ التبليغ هذا فيما يخص الاحتجاج بإلغاء من قبل مؤدي خدمات التصديق أما بخصوص المسؤولية المدنية فإن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق اتجاه صاحب الشهادة هي مسؤولية عقدية بوجود عقد معلوماتي يبرم بينهما أما إذا كان المضرور من الغير فإن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق تستند في هذه الحالة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في مسؤولية مؤدي خدمات التصديق سواء المنصوص عليها بالمادة 54،53 فإنه يمكن أن يعفى منها في الأحوال التي يمكن فيها إثبات عدم قيام عنصر الإهمال في جانبه أو في الأحوال التي لا يمكن فيها نسبة الخطأ إليه خاصة إذا كان الإلغاء جاء بناء على طلب صاحب الشهادة أو وفقا للحالات المحددة قانونا لأن مسؤولية مؤدي خدمات التصديق تتحقق في حالة عدم القيام بالتزاماته.

إمكانية تحديد نطاق صلاحية شهادة التصديق الالكترونية في التشريع الجزائري:

رغم أن التشريع الجزائري اقر بمبدأ مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني عن الأضرار التي تلحق بالغير الناتج عن إهماله أو تقصيره وسواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية إلى أنه نص في أحكام المادة 56،55 على حق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في تحديد نطاق صلاحية شهادة التوثيق وتحديد الحدود المفروضة على استعمالها بحيث إذا تم تجاوز هذا النطاق والحدود لا يمكن مسائلة مؤدي خدمات التصديق.

فقد نصت المادة 55 على الآتي<< يمكن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يشير في شهادة التصديق الالكتروني موصوفة إلى حدود المفروضة على استعمالها بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير وفي هذه الحالة لا يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن استعمال شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة عند تجاوز الحدود المفروضة على استعمالها>>

كما نصت أيضا المادة 56 على أنه <<يمكن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يشير في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة إلى حد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل في حدودها هذه الشهادة بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير وفي هذه الحالة لا يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج تجاوز الحد الأقصى>>

يتضح من النصين المذكورين أعلاه أنه يمكن لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني وضع حدود وقيود بموجبها تتحدد مسؤوليته ومن هذه القيود وضع قيمة محددة للمعاملات، بحيث لا يجوز لمن يعول على هذه الشهادة إبرام معاملات تتجاوز قيمتها الحد أو السقف المحدد في شهادة التصديق أو وضع مدة زمنية معينة بهذه الشهادة أو تقييد الشهادة بنوع معين من المعاملات.

ولكن بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة ومن ثمة فإن مسؤولية مؤدي خدمات تتحدد وفقا لهذه الشروط والعقود ومنه فإن أي تعامل يتجاوز الحدود والقيود الواردة بشهادة التصديق وسبب ضررا للغير لا يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عنه فمثلا الضرر الناجم عن تجاوز القيمة المسقفة أو الضرر الناجم عن تجاوز نوع المعاملة أو الضرر الناجم عن استعمال شهادة التصديق الالكتروني خارج مدة الصلاحية لا يرتب مسؤولية خدمات التصديق.

ثالثا- مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني في التشريع التونسي القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية

لقد عمل المشرع التونسي على بيان مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني ويتجلى ذلك في الفصل 22 من القانون رقم 2000/83 إذ ورد في الفصل 22 <<يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤولا عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها في الفصل 18 و يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤولا عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق أو إلغاء الشهادة طبقا للفصلين 19،20 من هذا القانون>>

نستنتج من هذا النص أن مسؤولية مزود خدمات المصادقة تنعقد في حالة الإخلال بالضمانات المنصوص عليها بالفصل 18 والحالة الثانية هي حالة إخلال مزود خدمات المصادقة الالكترونية بتعليق أو إلغاء الشهادة في حالة وجود سبب يوجب ويتطلب ذلك.

- حالة إخلال مزود خدمات المصادقة الالكترونية بالضمانات المنصوص عليها بالفصل 18 :

باستقراء الفصل 18 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية يتضح أنه من بين الالتزامات والضمانات التي تقع على مزود خدمات المصادقة ويجب أن يفي بها هي:

- ضمان صحة المعلومات المصادق عليها التي تضمنتها الشهادة في تاريخ تسليمها وأن هذه الضمانة القانونية من أهم الالتزامات المفروضة على مزود خدمات المصادقة الالكترونية في مواجهة الغير الذي يستند على شهادة التحقق من صحة البيانات التي تتضمنها شهادة المصادقة بكافة الوسائل والطرق الممكنة هذه البيانات كما سبق القول يتم التحقق منها من الأوراق المقدمة من صاحب الشهادة والتي تسلم لمزود المصادقة الالكترونية، ومنه فإن مسؤولية جهة التوثيق تمتنع إذا أثبتت قيامها بجميع التزاماتها على أحسن وأكمل وجه في التحقق من صحة البيانات وتبين بعد ذلك أن الوثائق المقدمة مزورة وأن التزام مزود المصادقة الالكترونية هو بذل العناية وليس تحقيق نتيجة.
- أن يضمن مزود خدمات المصادقة الالكترونية الصلة بين صاحب الشهادة بمسك منظومة إحداث إمضاء مطابقة لأحكام القرار المنصوص عليه بالفصل (5) من هذا القانون ومتكاملة مع منظومة التدقيق في الإمضاء المعرفة في الشهادة في تاريخ تسلمها.

كل شخص يرغب من أن يكون له إمضاء لاستخدامه في المعاملات الالكترونية يجب عليه أولا تحديد منظومة إحداث الإمضاء[1] بواسطة منظومة موثوق بها تحدد مواصفاتها بقرار من وزير الاتصال التونسي لذلك فإن مزود خدمات المصادقة الالكترونية يكون مسؤولا عن الأضرار التي تصيب أي شخص متى كانت ناجمة عن اختلاف منظومة إحداث الإمضاء على المنظومة المحددة بقرار وزير الاتصالات.

- التحقق من الشخص الطبيعي عند إصدار وتسليم شهادة المصادقة إليه بوصفه ممثلا للشخص المعنوي والتحقق من صحة تمثيله للشخص المعنوي. بمعنى أنه يجب على مزود خدمات المصادقة الالكترونية التأكد المسبق من طالب شهادة المصادقة ويتم ذلك من خلال الوثائق الثبوتية المقدمة، وكذلك التأكد من صفة تمثيله للشخص المعنوي إما بتقديم قرار مجلس إدارة الشركة الذي يفوض بموجبه الممثل بتقديم طلب شهادة المصادقة

[1] تحديد منظومة إحداث الإمضاء: تعني هو الشخص الذي أصدر شهادة المصادقة الالكترونية وإمضائه الالكتروني.

وهذا الشخص قد يكون مساهما في الشركة، أو محاميها، أو أي شخص آخر حاصل على التفويض. أما إذا قدم الطلب من رئيس مجلس إدارة الشركة لا يحتاج إلى تفويض باعتباره الممثل القانوني ومنه فإن مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني تثور وتنعقد في حالة إخلالها بالالتزامات الواردة بالفصل 18 المذكورة أعلاه وترتب عن ذلك ضررا للغير فإنه يكون مزود خدمات التصديق ملزم بالتعويض استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية في حالة حصول الضرر لصاحب الشهادة الذي يرتبط معه بعقد وهو عقد معلوماتي مفاده تزويد صاحب الشهادة بمجموعة خدمات معلوماتية في نطاق التجارة الالكترونية أما إذا ترتب ضرر للغير الذي لا يرتبط بمزود خدمات التصديق بأي عقد فمسؤولية مزود خدمات التصديق تستند في هذه الحالة على قواعد المسؤولية مع الاشتراط في الحالتين أركان المسؤولية (الخطأ الضرر وعلاقة السببية).

الحالة الثانية :إخلال مزود خدمات المصادقة الالكترونية بالتزام تعليق أو إلغاء شهادة المصادقة في الحالات التي يقررها القانون طبقا للفصلين 19،20 :

يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤولا عن تعويض الضرر الناشئ عن إخلاله بالتزامه في تعليق أو إلغاء شهادة المصادقة وهذا طبقا لأحكام الفصل 22[1]

وحسب الفصل 19 من القانون 83 لسنة 2000 فإن مزود الخدمة يحق له تعليق العمل بالشهادة الالكترونية الممنوحة منه بناءا على طلب صاحب الشأن أو بقرار منه في حالات محددة وكذلك نص الفصل 20 على انه يحق لمزود خدمة التصديق الالكتروني إلغاء شهادة التصديق بناء على طلب صاحبها أو في حالات محددة بقرار منه.

ومنه فإذا كان التعليق أو الإلغاء جاء بناء على طلب صاحب الشهادة وسبب ذلك ضررا للغير فإن صاحب الشهادة يكون مسؤولا مدنيا في مواجهة هذا الغير المضرور وفقا

[1] الفصل 22 من القانون 2000/83 << يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤولا عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق أو إلغاء الشهادة طبقا للفصلين 19،20 من هذا القانون >>

لقواعد المسؤولية التقصيرية أما إذا كان التعليق أو الإلغاء بناء على قرار مزود الخدمة، وسبب ذلك ضررا للغير فهنا مزود الخدمة هو الذي يكون مسؤولا مسؤولية مدنية عقدية إذا لحق الضرر بصاحب الشهادة، وهذا لوجود عقد مبرم بين الطرفين أما إذا كان المضرور من الغير فإن أساس مسؤولية مزود الخدمة فعل التقصير (أي مسؤولية تقصيرية) [1].

المشرع التونسي أعفى مزود الخدمة من المسؤولية المدنية وذلك في الحالات التي لا يمكن فيها نسبة أي خطأ إليه كما لو أن صاحب الشهادة لم يحترم شروط استعمالها أو شروط إحداث إمضائه الالكتروني أو حالة تعليق أو إلغاء الشهادة بناء على طلب صاحبها ومنه يمكن القول أن الفصل 22 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي حدد بوضوح الحالات التي تثار فيها المسؤولية مزود خدمات التصديق والمجالات التي تثار فيها مسؤولية صاحب الشهادة.

رابعا- مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2002

لقد عالج قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 مسؤولية مزود خدمات التصديق، وذلك في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة والعشرون مبرزا من خلالها الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مزود خدمات التصديق وهي:

- حالة عدم صحة شهادة المصادقة.
- حالة وجود عيب في الشهادة.

نص المادة 04/24 جاء عاما ولم يبين المقصود بصحة شهادة المصادقة أو الحالات التي تعيبها تاركا هذا الأمر لاجتهاد الفقه ورجال القانون ومنه يمكن القول بأن الشهادة تكون غير صحيحة إذا لم تتضمن البيانات الإلزامية المنصوص عليها قانونا أو في حالة

[1] حجازي عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 189.

إخلال مزود خدمات التصديق بالالتزامات والشروط المفروضة عليه، لا سيما تلك الواردة بأحكام المادة 24 من ذات القانون، سواء تلك المتعلقة بنشاط مزود خدمات التصديق أو تلك المتعلقة بشهادة المصادقة.[1]

ومسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني قد تكون مسؤولية عقدية في حالة التعويض عن الأضرار اللاحقة بصاحب الشهادة وتكون مسؤولية تقصيرية تجاه الغير الذي اعتمد على شهادة المصادقة بصورة معقولة وأصابه ضرر[2] نصوص القانون الإماراتي رقم 2002/02 يغلب عليها طابع العموم فهي لم تحدد المقصود بالاعتماد المعقول على التوقيع الالكتروني أو الشهادة الالكترونية خاصة وأن المادة 1/21 تناولت الاعتماد على التوقيع الالكتروني، أو الشهادة الالكترونية، وربطته بالمدى الذي يكون فيه الاعتماد معقولا، والسؤال الذي يطرح نفسه: متى يكون الاعتماد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة الالكترونية معقولا، وبالتالي تقوم مسؤولية مزود خدمات التصديق؟ ومتى لا يكون الاعتماد معقولا ومنه لا تقوم مسؤولية مزود خدمات التصديق؟

يمكن أن نستخلص الإجابة على هذا السؤال من مقتضيات المادة 3/21 التي أشارت إلى بعض الاعتبارات المحددة لمعقولية أو عدم معقولية الاعتماد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة الالكترونية هذه الاعتبارات تتمثل في الآتي:

- طبيعة المعاملة المعنية والتي قصد تعزيزها بالتوقيع الالكتروني.
- قيمة المعاملة المعنية أو أهميتها متى كان ذلك معروفا.

[1] المادة 04/24 من القانون رقم 2002/02 تنص << إذا حدثت أية أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو نتيجة لأي عيب فيها يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن الخسائر التي يتكبدها

أ – كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم الشهادة.

ب– أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمات التصديق.

[2] حجازي عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص314.

- ما إذا كان الشخص الذي اعتمد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة قد اتخذ خطوات مناسبة تقرر مدى إمكانية الاعتماد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة.[1]
- أما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع الالكتروني قد اتخذ خطوات مناسبة للتحقق من أن التوقيع الالكتروني معزز بشهادة أو كان من المتوقع أن يكون كذلك.
- ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع، أو الشهادة قد عرف أو كان عليه أن يعرف أن التوقيع الالكتروني، أو الشهادة قد عدلت، أو ألغيت.
- أية اتفاقية أو سياق تعامل بين المنشئ والطرف الذي اعتمد على التوقيع الالكتروني، أو الشهادة، أو أي عرف تجاري سائد وأي عامل آخر ذي صلة[2].

هذا وقد أجاز المشرع الإماراتي لمزود خدمات التصديق أن يدرج في الشهادة الالكترونية بندا يبين فيه نطاق مسؤوليته، وهذه البنود تخضع لمبدأ الاتفاق بينه وبين طالب الشهادة، ومنه فإن المشرع الإماراتي أقر مبدأ المسؤولية كأصل عام والاستثناء هو تقيد المسؤولية أو الإعفاء منها، وهذا ما جاءت به المادة 05/24[3] ما يلاحظ عن الإعفاء الكلي للمسؤولية أنه من الممكن أن يكون سببا وعائقا في نمو التجارة والمعاملات الالكترونية لما له من تأثير مباشر في عنصري الثقة والأمن اللذان تتطلبهما مثل هذه المعاملات هذا من جهة ومن جهة أخرى أن الإعفاء من المسؤولية من شأنه أن يؤدي إلى عدم بذل العناية اللازمة في الحفاظ على مصداقية المعاملات والثقة في شهادة التوثيق.

[1] المادة 01/21 من قانون رقم 02 لسنة 2002 <<يحق للشخص أن يعتمد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة الالكترونية إلى المدى الذي يكون فيه مثل ذلك الاعتماد معقولا>>

[2] إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 1917-1918.

[3] نص المادة 05/24 من القانون رقم 2002/02 << لا يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن أي ضرر:

1- إذا أدرج في الشهادة بيانا يقيد نطاق ومدى مسؤوليته تجاه أي شخص ذي صلة.

2- إذا أثبت بأنه لم يقترف خطأ أو إهمال أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

الباب الثاني

القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني

لقد بات التقدم العلمي، والتطور التقني المتتابعان سمة العصر الذي نحياه الآن وصار الإنسان يعيش زخم من المتغيرات والطفرات العلمية والمعلوماتية في كل مناحي الحياة قاطبة، وكان للتطور التكنولوجي اليد الطولى في كل نشاط وعمل، وفي كل تصرف وواقعة.

وكلما اشتد وقع تأثير التكنولوجيا الالكترونية الحديثة على حياتنا نجد وأن السمة البارزة في حياتنا هي التغير الأمر الذي خلق قدرا كبيرا من الاضطراب والحيرة تجاه هذا الكم الهائل من المعلومات والتقنيات المتوالية لدى الجميع ،فلقد فاقت معدلات نمو التقنيات الحديثة قدرة الشخص العادي وعجزه على المتابعة والاطلاع والفهم.

إن التغير الذي يشهده العالم لم يقتصر على مجالات معنية فحسب، وإنما امتد ليشمل المجال القانوني وأصبح يمس العديد من الموضوعات القانونية التي ظلت لسنوات عديدة تتسم بالاستقرار والثبات، فالتطور الذي عرفه عالم الاتصال انعكست آثاره على النظرية العامة للالتزامات وأحكام الإثبات بصورة مباشر، وصارت الانترنت وسيلة تعاقد بين الأطراف وانعكست بآثارها على المتعاقدين وعلى طبيعة العقد ،فأصبح الإيجاب والقبول عابر للحدود وأضحى العقد الكترونيا والتوقيع الكترونيا، وأن الطبيعة الالكترونية للعقود أثرت على الوسائل المتبعة في الإثبات، وأصبح إثبات المعاملات أو العقود الالكترونية من أهم المسائل التي حضيت بالعناية من أطراف المعاملة الالكترونية وان كانت هي الأهم على الإطلاق لأن المعاملة الالكترونية غيرت في مفهوم عناصر المحرر التقليدي وانتقلنا من كل ما كان يرتكز على وسائط مادية تقليدية تستخدم في كتابة المحررات وتوقيعها، وحفظها، ونقلها إلى عالم خالي من الوسائط المادية تسبح في أفقه وسائط الكترونية، ضوئية، مغناطيسية غير ملموسة.

هذا التغير العميق أحدث فراغا قانونيا بسبب عدم تكيف وانسجام المفاهيم القانونية الحديثة مع قواعد الإثبات التقليدية خاصة عناصر الدليل الكتابي ،لذلك جاءت نداءات القانونيين ورجال القضاء إلى ضرورة تدخل المشرع والعمل على إيجاد نظام قانوني يستوعب المعاملات الالكترونية أو على الأقل تطوير المفاهيم القانونية التقليدية ،بإعادة صياغتها وجعلها تتماشى و التطور التكنولوجي حتى لا نكون أمام وضعية شاذة.

لذلك فإن دور المشرع تعاظم من خلال بناء مفاهيم قانونية حديثة مواكبة لطبيعة تكنولوجيا المعلومات، بل أن الهدف الأساسي من التشريعات الحديثة هو إقرار مبدأ المساواة بين حجية المفاهيم القانونية الحديثة و حجية المفاهيم القانونية الواردة في القواعد التقليدية للإثبات، وهذا حتى لا يكون القانون عقبة في طريق التطور التكنولوجي.

وقد أقرت التشريعات الحديثة حجية لعناصر الدليل الكتابي الالكتروني واعترفت بحجية الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني و يعتبر القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر في 1996/07/12 الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) أول تنظيم دولي للإثبات الالكتروني يعترف بعناصر الدليل الالكتروني. هذا القانون جاء بعد تحضيرات مسبقة بدأت عام 1984 عندما أدرجت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ضمن جدول أعمال دورتها السابعة عشر موضوع المشكلات القانونية المتعلقة بالمعاملات الآلية للمعطيات المعلوماتية وخلال سنة 1985 تمخض عن دورتها 18 توصية للدول والمنظمات الدولية بإعادة صياغة القواعد القانونية التي تقف حائلا دون استخدام المعلومات في المعاملات التجارية ،حتى تأذن بالتسجيل المعلوماتي للمعطيات التي يمثلها المحرر، وأيضا لتسمح بتحويل وإغلاق(تشفير)المحرر الالكتروني وقد تلا القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة مشروع التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية ووافق مجلس وزراء المجموعة على هذا المشروع في

1999/11/30[1]، أما على الصعيد الوطني فقد صدرت مجموعة كبيرة من التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني وتعتبر ولاية (UTAH) الأمريكية أول من أصدر على الصعيد الوطني قانونا أو تشريعا ينظم الإثبات الالكتروني ،إذ أصدرت عام 1996 قانونا خاصا ينظم قواعد التوقيع الالكتروني[2]، وإذا كان يقصد بالإثبات بمعناه القانوني إقامة الدليل أمام ساحات القضاء وبأروقة المحاكم أمام القاضي الطبيعي بالطرق والأساليب والضوابط التي يحددها المشرع بشأن قيام واقعة قانونية ترتب أثارها. تلك الخاصية تؤدي إلى اختلاف الإثبات بمعناه القانوني عن الإثبات بمعناه العام، فالإثبات بمعنى العام ليس بشرط أن يسعى نحو إقامة الدليل أمام ساحات القضاء ولا أن يأتي بطريقة محددة.

والإثبات يقصد به في اللغة، أثبت الشيء أي أقره وعرفه حق المعرفة وأثبت الحق أي أقام حجته[3].

وفي الاصطلاح الحكم بثبوت شيء أخر أي إقامة المدعى الدليل أمام القضاء على وجود حق أو صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة أو هو إقامة البرهان على حقيقة واقعة يؤكدها في خصومة احد طرفيها وينكرها الطرف الآخر[4].

والواقع أن أهمية الإثبات ترتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تقضي بأن الإنسان لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه والفرد من أجل أن ينال حقه لابد من الالتجاء إلى القاضي وأن يقنع القاضي بوجود حقه الذي ينازعه فيه الغير، وبالتالي يتعين عليه إقامة الدليل على هذا الحق. والتعاملات الالكترونية لا تحقق النتائج المرجوة إذا لم تكن عناصر هذا

---

1 Pay bareau (f) la signature Electronique En quete De reconnaissance page 1
http:// www.tatribune.fr/dossiers/technolgies.nsf.

2 http://www.commerce. state.ut.us/web/commerce/digsig/act htm.

3 معجم الوجيز، الصادر عن مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم 1990، الصفحة 81-82.

4 الدكتور، محمود جمال الدين زكي، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، بدون ناشر، القاهرة، طبعة 2001، ص 10.

التصرف معترفا بحجيتها تماما كحجية التصرف المبرم على وسائط وداعمات مادية ورقية وخلاف ذلك يؤدي إلى تدرج الأدلة الذي ينجر عنه عزوف عن اللجوء إلى الوسائط الالكترونية لإتمام التصرفات وبالتالي نحسر أهم تطور عرفته البشرية[1].

في هذا الباب سوف نبحث في الحجية القانونية للتوقيع الالكتروني، ومبدأ التكافؤ بينها وبين الحجية المقررة للتوقيع التقليدي ونعرج في هذا على مستويات التوقيع الالكتروني والشروط الواجب الإلمام بها حتى تتقرر له الحجية المتكافئة مع حجية التوقيع التقليدي وموقف الفقه والمحاولات التي جاء بها لإقرار حجية التوقيع الرقمي بذلك قسمنا هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: تنظيم الإثبات الالكتروني.

الفصل الثاني: حجية التوقيع الالكتروني في ظل القواعد العامة للإثبات.

[1] La preuve sur internet: les règles classique et l'apport de signature électronique, p.1, http:// www. juriscom.net/uni/doc

الفصل الأول

تنظيم الإثبات الالكتروني

لقد ظلت فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي منذ اعتمادها في القرن السادس عشر ميلادي الوسيلة الوحيدة قانونا لتصديق وإقرار المعلومات التي تتضمنها المحررات، وظل السند التقليدي على مدى طويل من الزمن يعتلي قمة الهرم بين أدلة الإثبات كافة ،بحيث أن التشريعات تعتبر السند التقليدي أقوى أدلة الإثبات التي يمكن أن تقدم للقاضي لإثبات الواقعة مصدر الحق وعند توافر الدليل الورقي يصدر القاضي حكمه دون أن يراوده شك في الحكم الذي أصدره.

إلا أن هذا المجد لم يدم في ظل ظهور التكنولوجيا الحديثة وفي ظل ثورة المعلومات والاتصالات وظهور الحاسب الالكتروني الذي دخل جميع أنحاء الحياة، هذه الثورة أدت إلى قلب الموازين وأصبح في ظلها من الممكن لأشخاص من مختلف دول العالم إبرام عقود وتصرفات قانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتطور الأمر أكثر بعد انتشار الانترنت، فأصبح العالم بحق قرية صغيرة تجمع الأشخاص من مختلف أنحاء وجنسيات العالم.

في ظل هذه التطورات والمستجدات على مستوى الاتصالات والانترنت والتجارة الالكترونية فإن المستند التقليدي لم يعد له مكانا بين هذه الأدوات جميعا ،فلا يمكن إثبات عقد أو تصرف تجاري يتم عبر الانترنت من خلال مستند ورقي ،لذلك فإن وسائل الإثبات تطورت بحسب تطور وسائل إبرام العقود وبذلك يمكن القول أن هذا التطور في أساليب التعاقد الخالي من الورق أحدث تغييرات في القواعد القانونية ،خاصة تلك المتعلقة

بالإثبات فالتجارة التي تبرم عبر شبكة الانترنت بواسطة الوسائط الالكترونية تختلف طبيعة التعامل بها عن طبيعة التجارة العادية وهذا نظرا لاختلاف مقومات التجارة الالكترونية عن مقومات التجارة التقليدية.

إذا كانت التجارة الالكترونية أمرا واقعا قائما في التصرفات المدنية والتجارية، فإنه بات من الضروري تنظيم هذه التصرفات من الناحية القانونية، لذلك سارعت الدول سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي أو الوطني إلى سن تشريعات جديدة أو إحداث تعديلات جزئية بموجبها كيفت قوانينها مع مستجدات التطور التكنولوجي في مجال الإعلام والاتصال، وهذا من أجل وضع آليات قانونية تكفل حقوق الأفراد وتحافظ عليها خاصة وأن قواعد الإثبات التقليدية لا تتناسب مع الإطار التنظيمي للبيانات الالكترونية ذلك أن هذه القواعد العامة تشترط توافر المحرر الورقي (التقليدي) وأن يكون موقع عليه بصورة تقليدية في حين أن التجارة الالكترونية تعتمد على محررات الكترونية وتوقيع الكتروني.

إن الفقه قام بمحاولات لإيجاد حجية للمحررات الموقعة الكترونيا بالاستناد إلى القواعد العامة المنظمة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ،وإخضاع هذه الوسائل للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحق له اعتبار المحررات الموقعة الكترونيا أدلة كاملة في الإثبات عند استيفائها الشروط الواجب توافرها في المحررات التقليدية والتوقيع عليها أو اعتبارها دليلا غير كامل أو استبعادها بالمرة، وإسقاط كل قيمة لهذه الوسائل الحديثة، وكما سبق القول أن الدول سارعت إلى سن تشريعات تقر بحجية المحررات الالكترونية وحجية التوقيع الالكتروني ،ويعتبر القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر في 1996/07/12 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (cnudci) أول تنظيم دولي حقيقي للإثبات الالكتروني يعترف بعناصر الدليل الالكتروني، وجاء هذا القانون بعد تحضيرات مسبقة، ثم جاء التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية، وقد نظم هذا المشروع حجية الدليل الالكتروني، ووافق عليه البرلمان الأوربي في 1999/12/13 ، ثم بعد ذلك جاء قانون الأونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية لسنة 2001

واضعا الإطار القانوني للدول لكي تسترشد به عند وضع قوانينها ،وللبحث في هذا الفصل تم تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: حجية عناصر دليل الإثبات الالكتروني (الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني).

المبحث الثاني: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات.

المبحث الأول

حجية عناصر دليل الإثبات الالكتروني

(الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني)

لما كان الدليل الكتابي التقليدي يتكون من عنصرين أساسين هما: الكتابة الخطية والتوقيع اليدوي فإن الأمر لا يختلف في الدليل الكتابي الالكتروني المستخرج من الحاسب الآلي ،والذي بدوره يتكون من عنصرين متكاملين يحققان وظيفة الإثبات في المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت وهما الكتابة الالكترونية التي تثبت تصرف قانوني معينا وأن يكون موقعا الكترونيا من الشخص المنسوب إليه الدليل الالكتروني[1]، ومن ثمة فإن دراسة الدليل الكتابي تستلزم الوقوف على حقيقة الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني والشروط التي ينبغي توافرها في كل منهما ليقوما بتأدية وظيفتهما في الإثبات ،وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حجية الكتابة الالكترونية.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

---

[1] الدكتورة، زهرة محمد المرسى، الحاسوب والقانون مؤسسة الكويت للتقدم العلمي بالكويت، الطبعة الأولى سنة 1995، ص 93.

الدليل لغة: المرشد والكاشف من دللت على شيء ودللت إليه والجمع أدلة وأدلاء.

اصطلاحا: ما يتوصل بصحيح النظر فيه إلى العلم بمطلوب خبري وقيل: هو ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى العلم بالغير وقيل : هو ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر وقيل : هو ترتيب أمور معلومة للتأدي إلى مجهول.

المطلب الأول

حجية الكتابة الالكترونية

تعد الكتابة الخطية العنصر الأول من عناصر الدليل الكتابي التقليدي ،وإذا كان الأصل في العقود هو الرضائية فإن تطابق الإرادات، واتفاقها يكفي لانعقاد العقد بصفة عامة، وينطبق هذا الأمر على العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، غير أن الواقع العملي خلاف ذلك خاصة عند حدوث نزاع بين المتعاقدين واللجوء إلى القضاء في هذه الحالة لا بد من تقديم سند مكتوب يمكن للمدعي بوجود العقد أو الالتزام المترتب عنه إثبات وجود هذا الحق المدعى به، وهذا الواقع العملي أدى إلى ظهور العديد من أشكال المستندات التعاقدية الكتابية التي تتنوع بحسب طبيعة التعامل وظروف المتعاقدين ولما كان التعاقد من خلال شبكة الانترنت يتم عن طريق تحرير العقد على وسائط أو دعائم الكترونية فإن ثمة سؤال يطرح حول مدى اعتبار هذه الوسائط أو تلك المحررات الالكترونية دليلا كتابيا مقبولا في الإثبات.

فالكتابة إذن تثبت التصرف المتفق عليه بين الأشخاص سواء ثبت هذا التصرف بمحرر رسمي أو عرفي ولم يرد في التشريع المصري والأردني في قواعد الإثبات المقصود بالكتابة[1]، على خلاف التشريع الجزائري الذي عرف الكتابة بموجب المادة 323 مكرر من القانون وهو أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية <<ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها>> يفهم من هذا النص أن المشرع يعتد في إثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو القرص المضغوط أو

[1] الدكتور، مرقس سليمان، الرجع السابق، ص 192.

على القرص المرن ويتسع هذا المفهوم ليشمل كل الدعائم التي تفرزها التطورات التكنولوجية أما في القانون الفرنسي فقبل صدور القانون رقم 2000/230 لم يكن هناك تعريف قانوني محدد لمفهوم الإثبات بالكتابة إلا أنه وبعد صدور ذلك القانون وبتعديل المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي فقد أتت بتعريف موسع يمكن أن يشمل كل صور الكتابة المتاحة إذ نصت على أنه: <<ينشأ الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة من تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة مفهومة أيا كانت دعامتها أو شكل إرسالها>>[1].

الملاحظ على النص الفرنسي انه جاء بصياغة عامة وتنظيم عام فلا يقتصر النص على الكتابة الالكترونية وإنما يدخل معها الكتابة التقليدية وما يسمح بألا يخرج عن تنظيمه أي صورة أو شكل من أشكال الكتابة يمكن أن يستحدث مستقبلا كما أن التعريف جاء محايدا من حيث الآلة المستعملة في الكتابة ويمكن أن يندرج تحت مفهوم الكتابة الصور ومع التطور الحاصل في المجال التكنولوجي وما أفرزه من تغيير في دعامة الكتابة ظهر شكل آخر للكتابة يختلف عن الكتابة التقليدية سميت بالكتابة الالكترونية فهل هذه الكتابة يمكن الأخذ بها كوسيلة من وسائل الإثبات.

الفرع الأول

تعريف الكتابة الالكترونية

إن تحديد المراد بالكتابة الالكترونية المستخدمة في إثبات التعاقدات المبرمة عبر شبكة الانترنت يستلزم الوقوف أولا على مفهوم الكتابة التقليدية وماهيتها ومن ثم يمكن التميز بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية.

[1] Article 1316, la preuve littérale ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres de intelligible quelle que soient caractères de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification leur support et leurs modalités de transmission.

أولا- ماهية الكتابة التقليدية

الكتابة في اللغة: مصدر مشتق من الفعل الثلاثي (كتب) بمعنى خط يقال كتب الشيء خطه واكتتبه واستجلاه، والاسم الكتابة وهي ما يكتب في القرطاس وهي أيضا بمعنى الجمع يقال تكتب القوم إذا اجتمعوا ومنه قيل لجماعة الخيل كتيبة .

أما في الاصطلاح : فقد عرفها القلقشندي بأنها: صناعة روحانية تظهر بالة جثمانية دالة على المراد يتوسط نظمها[1]، وقيل هي عبارة عن تصوير اللفظ بحروف هجائية وقيل هي ضم الحروف بعضها إلى بعض بالخط[2]، والفقه القانوني عرف الكتابة بأنها <<الأحرف الأصلية المصحوبة بتوقيع خطي ومادي على وثائق ورقية>>[3]، وقيل هي<<ما تم تدوينه على أوراق أو محررات مادية ترجح وجود تصرف قانوني معين>>[4]، وما تجدر الإشارة إليه هو أن التشريع الجزائري أورد تعريف للكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة وهذا بموجب أحكام المادة 323 مكرر والمشرع الجزائري تناول نوعين من المحررات الكتابية وهي المحررات الرسمية والمحررات العرفية.

1-المحررات الرسمية: ويقصد بها الأوراق الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصاته.

---

[1] لسان العرب لإبن منظور، المرجع السابق، جزء 1، ص 699.

[2] الدكتور، يوسف على طويل، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء للقلقشندي، دار الفكر دمشق، 1987، جزء 01، ص72.

[3] الدكتور سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني ماهيته، صوره حجته في الإثبات بين التدويل والاقتباس دار الجماعة الجديدة للنشر الإسكندرية، طبعة 2004، ص 04.

[4] الدكتور نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني، تعريفه مدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية القاهرة، ص27.

2- المحررات العرفية: هي تلك الأوراق التي يكتبها الأفراد فيما بينهم دون أن يتولى تحريرها موظف عمومي (رسمي) ولا يشترط لصحتها سوى التوقيع عليها.

وأن الورقة العرفية ذات حجية في مواجهة من وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة وهذا ما جاءت به المادة 327 من القانون المدني الجزائري بقولها : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه... " .

ثانيا- ماهية الكتابة الالكترونية

تطلب ظهور مصطلح الكتابة الالكترونية كمفهوم جديد وجود إيضاح له من قبل التشريعات وهو ما جعل المشرع الجزائري يبرزه كأول تعريف أورده بموجب القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري وبهذا النص يكون التشريع قد انتقل بنظام الإثبات من الورقي إلى النظام الالكتروني فقد نصت المادة 323 مكرر بقولها "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها " .

وقد عرف المشرع المصري الكتابة الالكترونية في المادة الأولى الفقرة (أ) من قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 باعتماد " كل حرف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك "[1] والكتابة الالكترونية تكون بوضع المعلومات في شكل رقمي وتخزن على أقراص مدمجة أو على أقراص مدمجة بذاكرة القراءة أو شريط ممغنط وتجري عملية التخزين للمعلومات الالكترونية بصفة دائمة أو مؤقتة في قواعد

[1] الدكتور، مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني، وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة 2010، ص 419.

بيانات أجهزة الحاسب، ويجب في الكتابة الالكترونية المعدة للإثبات أن تنطوي على ذات الخصائص المتعلقة بالكتابة التقليدية (الكتابة الخطية) هذه الخصائص يمكن إجمالها في الآتي:

- التعبير عن سلطان الإرادة.
- العلامة على الرضاء.
- كشف أو تحديد هوية الأطراف المتعاقدة.

واشتراط القانون الكتابة للإثبات ليس من النظام العام وللأطراف الاتفاق على الإثبات بجميع طرق الإثبات بما في ذلك الكتابة الالكترونية أو الرقمية وأصبح المفهوم الحديث للكتابة لا يقتصر على المستندات التقليدية فحسب وإنما يشمل أيضا السندات المرسلة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة وإذا كانت الكتابة تتخذ شكل مخطوط يدوي فإنه من الممكن أن تتخذ أي شكل آخر ويمكن تحميلها على دعامة غير ورقية تكون دليلا للإثبات شأنها شأن الدليل الذي يتم إثباته بالورق وباتفاق الأطراف مثل ديسكات الكمبيوتر وشرائط الفيديو وتأكيدا لذلك فإنه في مجال الاتفاقات الدولية تتجه الدول نحو إمكانية الإثبات بتلك الوسائل الحديثة.

رغم أن غالبية التشريعات الدولية والوطنية التي نظمت الإثبات الالكتروني لم تحدد المقصود باصطلاح الكتابة الالكترونية لأن هذه التشريعات قصدت من عدم وضع تعريف محدد للكتابة استيعاب أي شكل يظهر في المستقبل مع تطور تكنولوجيا التقنيات، والكتابة الالكترونية تختلف في طريقة تدوينها عن الكتابة الخطية لاختلاف دعاماتها فالكتابة التقليدية تتمثل في كيان مادي ملموس أي دعامة تقليدية قد تكون ورقة في الغالب ومن ثم يسهل قراءتها بالعين المجردة أما الكتابة الالكترونية فتكون مسجلة بفضل التقنيات

الرقمية الحديثة على وسيط أو دعامة مغناطيسية [1] إن الكتابة التقليدية تتسم بصفة الدوام والثبات وتتم مرة واحدة وبطريقة نهائية أما الكتابة الالكترونية فلا تتسم بالثبات والدوام وهي قابلة للمحو والتعديل والتلف دون ترك أي أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها، وبخاصة إذا قام بذلك خبير مختص في الحاسب الآلي والمعلوماتية، ويمكن أن يتم ذلك أيضا بسبب خلل فني أو تقني في الأجهزة المستعملة، سواء تم ذلك تلقائيا أو بفعل فاعل[2] أما التشريع الفرنسي فقد جاء موسعا لمفهوم الكتابة أثناء تعريفه الدليل الكتابي ليشمل النوعين معا الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية وأي شكل آخر يظهر في المستقبل فقد نصت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي <<على أن الدليل الكتابي أو الدليل بطريقة الكتابة يستنتج من توالي النصوص أو الأحرف أو الأرقام أو العلامات الأخرى جميعها أو الرموز ذات المعنى المفهوم أيا كانت دعامتها وطرق نقلها>> إن الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي وسعا في مفهوم الكتابة حتى قبل صدور قانون التوقيع الالكتروني في فرنسا لجهة فصل الكتابة عن العناصر والمواد المستعملة لإنجازها فقد أخذت محكمة مونبلييه بالتسجيلات الالكترونية حول حسابات أحد الزبائن طالما أنها ناتجة عن استعمال بطاقته وكلمة السر خاصته معا ولم يتم الإدلاء بوجود مخالفات في النظام أو بضياع الرقم السري المذكور[3]، وقد أقرت محكمة فرساي لصحة الكتابة المجردة عن الركيزة المادية كما سبق لمحكمة تولوز أن اعتبرت الوصل (ticket) أو البيان المسلم بواسطة النافذة الآلية للمصرف إلى الزبون بمثابة بدء بينة خطية تكمل بالقرائن الأخرى.

---

[1] محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات النسر الذهب للطباعة القاهرة، ص15.

[2] مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص421.

[3] Cour de Montpellier, Arrêt 9/04/1987. JCP.Ed. G,1998.2 N 20984 : la Société crédicas apporte preuve Suffisante de ses créances par les enregistrements de la machine qui n'ont été rendues possibles que par l'utilisation Simultanée de la carte et du numéro de code secret, alors qu'il n’est allégué par ailleurs aucun dérèglement du système informatique ni perte de son numéro secret par débiteur.

كما أخذت محكمة الاستئناف بقبول محادثة شفهية على شريط مغناطيسي كدليل إثبات بالاستناد إلى أن ظروف القضية تسمح باعتباره أهلا للثقة وبالاستناد إلى تدعيمه بعناصر أخرى[1].

الفرع الثاني

القوة الثبوتية للكتابة الالكترونية في الإثبات

تثار حجية المحررات الالكترونية عادة عندما تقدم كدليل للإثبات أمام القضاء لأن صفة الكتابة المقروءة لا تتوافر في الكتابة المثبتة على الداعمات الالكترونية وحتى يعترف بهذه المحررات كدليل إثبات فإنه يلزم استفتاؤها لعدة شروط وهي القابلية للقراءة والمحافظة على سلامة البيانات وعدم الاختراق.

أولا : شرط قابلية المحرر الالكتروني للقراءة وإمكانية الاطلاع عليه.

اهتمت التشريعات المختلفة المنظمة للكتابة الالكترونية بالتأكيد على هذا الشرط ففي قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 نص على أنه عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا فبديهيا إذن أن تكون الكتابة التي يحتويها المحرر الكتابي مفهومة لمن يقرأها أو يطلع عليها سواء من أطرافها، أو من القاضي، أو الخبير، أو الغير ممن تكون له صلة في الاطلاع على هذا المحرر ولا يشترط في هذه الكتابة شكلا معينا أو لغة معينة، والثابت أن قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية قد اهتم بمبدأ النظير الوظيفي، وفي سبيل

[1] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص20-21.

تحقيق هذا المبدأ فإنه تم سحب شروط الكتابة التقليدية على الكتابة الالكترونية التي يتم تدوينها على الوسائط بلغة الآلة التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر وإنما لابد

من إيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي يتم تزويده ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة (وحروفها تتكون من توافيق وتباديل) إلى اللغة المقروءة للإنسان. كما أكدت المواصفات الخاصة بالمحررات الصادرة عن منظمة الموصفات العالمية (ISO) هذا المعني عندما أكدت على أن المحرر هو مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك.[1]

أما بخصوص القانون الجزائري فإنه نص على أنه ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم.

كما نص التشريع الفرنسي كذلك على انه ينشأ الإثبات بالكتابة من تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو أي إشارة أخرى ذات دلالة مفهومه ...الخ[2].

والأمر لم يختلف في القانون المصري للتوقيع الالكتروني أو في لائحته التنفيذية وذلك في تعريف الكتابة الالكترونية والتي عرفها بأنها عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك فالقاسم المشترك بين جميع التشريعات هو أن تكون المعلومات المدونة على المحرر بصفة خاصة أو المحرر بأكمله بصفة عامة منشأة بالشكل الذي يضمن قراءتها والاطلاع عليها في أي مرحلة كانت سواء عند الإنشاء لأول مرة أو عند استرجاعها بعد حفظ المحرر الالكتروني.

[1] الدكتور حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 20.

[2] محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص198.

ثانيا: شرط الحفاظ على سلامة بيانات المحرر الالكتروني واستمرار وجود الكتابة الالكترونية مدة معينة من الزمن.

بقبول المحرر الالكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات، أو اعتباره دليلا يتعين أن يحفظ المحرر بشكل يحميه من أي تحريف، أو تزوير في بياناته، فحفظ المحرر الالكتروني يتم في أوعية الكترونية من خلال الحاسب الآلي، كالأقراص الممغنطة بجميع أنواعها الصلبة أو المرنة، كما أن هذه الوسائط معرضة للتلف بسب المخاطر التي يحملها التقدم التكنولوجي السريع مما يسبب صعوبة في الرجوع إليها والاطلاع عليها عند الحاجة فضلا على أن حجية المحرر الالكتروني في الإثبات ترتبط بحفظه في ظروف تكفل سلامته طوال الفترة اللازمة للتمسك به كدليل أمام القضاء[1].

ونظرا لأهمية هذا الشرط نص قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية في مادته العاشرة على أنه <<عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات شريطة تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيما على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا وأن يتم الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت>> [2].

كما يشترط كذلك في الكتابة الالكترونية لاعتمادها دليلا أن يتم التدوين على دعامات تسمح بثبات الكتابة واستمرارها مدة زمنية معينة وهذا الشرط يسري بالنسبة لغالبية الوسائل

[1] محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الالكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2002، ص156.

[2] محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص 200.

الحديثة مثل الوثائق المطبوعة الصادرة عن الحاسب الآلي وأهمها الميكروفيلم من نوع (Com) والأقراص البصرية المرقمة لأنها تعطى امتيازا أكبر لأنها غير قابلة للمحو كما أن مدة الحفظ تصل إلى 20 سنة.

ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع المصري حدد في قانون التجارة رقم 17 سنة 1999 تلك المدة بالنسبة للدفاتر التجارية بخمس سنوات.

ثالثا- شرط عدم الاختراق

يقصد باختراق المحرر الالكتروني الوصول إليه بطريقة غير مشروعة والاطلاع على مضمونه أو إدخال تعديلات على البيانات أو محو جزء منها دون أن يكون له الحق في ذلك.[1]

ومرد هذا الشرط هو البيئة الالكترونية التي يتم من خلالها التعاقد وتبادل المحررات الالكترونية بين أطرافها تثير تخوفا لما يقوم به قراصنة الحاسب الآلي من اختراق الشبكات والتلصص على المعلومات والبيانات بما يعرض المتعاقدين عبر شبكة الانترنت لمخاطر إفشاء الأسرار أو العبث في بيانات المحرر الالكتروني، ولمكافحة تلك المخاطر تلجأ الهيئات المهتمة بالتجارة الالكترونية إلى حماية هذه المحررات الالكترونية، ومنع الوصول إليها، وذلك عن طريق برامج الحماية كالتشفير مثلا.

رابعا- مبدأ التكافؤ الوظيفي في الحجية بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية

إن التطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا الحديثة وأهميتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة بما فيها الجانب القانوني بات من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية وعدم الاقتصاد على المحرر الورقي، والتوقيع العادي بل استيعاب المحررات الالكترونية التي

[1] محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص163.

تعتمد على دعامات غير ورقية مصحوبة بتوقيع الكتروني، وهذه المحررات أصبحت تحضى بنفس حجية المحرر والتوقيع التقليدي وأن الأسلوب الالكتروني في الكتابة يصلح كوسيلة لإثبات جميع التصرفات القانونية في كافة المعاملات المدنية والتجارية ولكن التساؤل يثار حول المعاملات أو الحالات التي يشترط فيها القانون الكتابة كشرط لانعقاد التصرف (الشكلية في الانعقاد)، في هذه الحالة يصعب الأخذ بالكتابة الالكترونية بل يتعين إتباع النمط التقليدي في الكتابة حيث يترتب على تخلفه بطلان التصرف ولا يمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلة الجهات الإدارية المختصة مثل الشهر العقاري ومصالح التسجيل والطابع لاستيعاب هذه التقنيات.

غير أن التشريع ولتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الالكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة التقليدية مرتبطة بشكل وثيق بالدعامة المادية، أو الورقة إلى درجة استحالة الفصل بينهما، في حين أن الكتابة الالكترونية تتم عبر وسائط الكترونية ينعدم فيها الجانب المادي الملموس وقد أقر بموجب المادة 323 مكرر 1 على مبدأ التكافؤ بين الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها إن التشريعات التي أقامت مبدأ التكافؤ الوظيفي مابين أشكال، وأنماط الكتابة قد حسمت الخلاف الفقهي الذي كان قائما، فقبل النص على هذا المبدأ اختلف الفقه حول إلزامية وجود الكتابة على دعامة ورقية بينما لبعض الآخر يرى بأن الكتابة لا تتطلب أي شرط خاص بتدوينها، وبالتالي تحوز الكتابة المدونة على دعامات غير مادية على حجية هي الحجية ذاتها المقررة للكتابة التقليدية،[1] وفي المقابل هناك جانب من الفقه رأى ضرورة تدخل المشرعين للاعتراف بحجية الكتابة الالكترونية المدونة على دعامات غير مادية

[1] لطفي محمد حسام، استخدام الوسائل الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة 1993، ص06.

ونحن نؤيد الرأي الثاني الذي يشترط ضرورة تدخل المشرع لتحديد قيمة الكتابة الالكترونية في الإثبات لأن ظهور أية واقعة جديدة أو استحداث واقعة يحتاج إلى تشريع خاص ينظمها أو إحداث تعديلات على النصوص الموجودة بما تستجيب لهذا المستجد، وهذا هو الحاصل للكتابة لالكترونية لأن جميع التشريعات عندما نظمت قواعد الإثبات العامة لم يكن هذا النوع من الكتابة معروفا ونظرا لخصوصية هذه الكتابة ومن الصعب تحوير القواعد الخاصة بالكتابة التقليدية لاستيعاب الكتابة الالكترونية فإنه تم سن قوانين، وقواعد خاصة تضبط هذا النمط الجديد من الكتابة، لأنها أصبحت أمرا محتما بسبب الإقبال المتزايد على إبرام العقود الالكترونية والملاحظ في حجية المحررات الالكترونية أن التشريعات أجمعت على مبدأ التكافؤ الوظيفي بين أشكال الكتابة فالمشرع المصري مثلا ساوى بين حجية المحرر التقليدي والمحرر الالكتروني إذ نصت المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني[1]، على أن الكتابة الالكترونية حجية مساوية بقوتها الثبوتية للحجية المقررة للكتابة المنصوص عليها في أحكام قانون الإثبات المشرع أحال في القيمة الثبوتية للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية إلى قواعد أحكام قانون الإثبات حتى لا يكون هناك نظامين للإثبات وما قد يثور عن ذلك من إشكالات قضائية وقانونية حول النظام الأصلح للتطبيق في حالة وجود شكلين للكتابة في تصرف قانوني واحد اتفق عليه الأطراف والمشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني نص على مجموعة من الضوابط الفنية والتقنية التي يجب أن تستوفى في الكتابة الالكترونية حتى يمكن اعتمادها كدليل إثبات مساوي في الحجية للمحرر التقليدي فقد نصت المادة 8 من اللائحة التنفيذية <<مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون تتحقق حجية

[1] المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني المصري << للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية>>.

الإثبات المقررة للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية الرسمية والعرفية لمنشئها إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية :

أ- أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ الكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات أو لسيطرة المعني بها.

ب- أن يكون متاحا فنيا تحديد مصدر إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها.

ج- في حالة إنشاء وصدور الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري، جزئي أو كلي فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات.

ومن التشريعات العربية الأخرى التي ساوت بين حجية الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي والذي نص في المادة 9 منه على أن <<إذا اشترط القانون أن يكون خطيا أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن المستند أو السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط>> والملاحظ أيضا أن المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية وكذلك المشرع الفرنسي لم يفرق بين الكتابة الالكترونية والمحرر الالكتروني (الرسالة الالكترونية حسب تعبيره) إلا أنه أقر بالمحرر الالكتروني الذي أحد عناصره الكتابة الالكترونية وأقر له حجية منتجة للآثار القانونية ذاتها المقررة للمحررات التقليدية لأن هذه

المحررات تتضمن كتابة تثبت التصرف الذي من أجله أعد المحرر للاعتداد به كدليل إثبات، لذا يمكن القول بان المشرع الأردني أقر حجية للكتابة الالكترونية، ولكنها حجية مستمدة من المحرر الالكتروني.

خامسا- موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالكتابة الالكترونية

نظرا للطبيعة المتجددة للحياة البشرية فقد اقتضت إرادة الشارع الحكيم أن تأتي الشريعة الإسلامية بالمبادئ العامة والقواعد الكلية التي تساير كل زمان ومكان، وتصلح لكافة جوانب الحياة وكانت الشريعة الإسلامية في أحكامها على هذا النحو من المرونة والشمولية ليكتب لها الدوام في التطبيق بما يتناسب مع كل عصر بكل متغيراته، ومستجداته ولا شك أن في اقتصار القرآن والسنة على الأحكام الأساسية والمبادئ العامة وبخاصة في تشريع الأحكام العملية غير المتعلقة بالعبادات يعد بحق من أظهر نواحي خصوبة هذه النصوص ومرونتها وصلاحيتها لتقبل كل ما تقتضيه العدالة والمصلحة من القوانين.

ولعل الإسلام في اعتداده بالاجتهاد فيما لم يرد فيه النص من كتاب أو سنة قد أقام منارا ثالثا يستضاء به فيما يستجد من حوادث تمس حياة المسلمين ومصالحهم ولما كانت الأحكام مقرونة غالبا بعللها، والمصالح التي تقتضيها فإن ذلك يعد إيذانا بارتباط الأحكام بالمصالح والتنبيه على أن الغاية إنما هي جلب المنافع ودرء المفاسد، ومن ثمة فإنه يجوز للمسلمين أن يسلكوا كافة الوسائل التي تحقق أهدافهم وما يتطلعون إليه في كل عصر بحسب مقتضياته ومتطلباته مادام ذلك يتم في ضوء المبادئ الإسلامية الأساسية ومنه فإن الفقه الإسلامي لا يمنع الاستفادة من الأساليب الفنية والتقنية الحديثة في مجال

المعاملات بصفة عامة والإثبات بصفة خاصة فالكتابة الالكترونية إذن يجوز اعتمادها وسيلة من وسائل إثبات العقد والحقوق والتعويل عليها في ذلك[1].

وهو أمر لا ترفضه المبادئ العامة والقواعد الأساسية في الفقه الإسلامي ولا يتعارض معها فضلا على أن الشريعة الإسلامية تعتمد أي طريق لإثبات الحقوق وإقامة العدل والاستقرار في مجال المعاملات مادام ذلك مشروعا ولا يتعارض مع نص أو أصل من أصولها العامة.

إن كافة طرق الإثبات ووسائله في الشريعة الإسلامية هدفها إقامة العدل بين الناس وإظهار الحق بأية وسيلة مادامت غير مخالفة لشرع وهذا ما أكده ابن القيم بقوله <<إن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت عليه السموات والأرض فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي دليل كان فثم شرع الله ودينه فأي طريق أستخرج به العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له>>[2].

هذا ما يبين أن الشريعة الإسلامية تحرص على إقامة العدل وتحقيق الاستقرار من خلال اللجوء إلى أي وسيلة، أو دليل مشروع يثبت الحق ويظهره ويكون منتجا في الدعوى ويدخل في تكوين قناعة القاضي بصحة الدعوى ووجود الحق المدعى به قبل المدعي عليه حتى يقضي القاضي له به، ولا فرق في أن تكون الوسيلة، أو ذلك الدليل تقليديا قديما، أو الكترونيا مستحدثا إن أصول الإثبات وأدلته في الفقه الإسلامي لا تشترط في الإثبات بالكتابة أن تكون مرسومة على ورق من نوع خاص أو بمواد معينة بل إنها تجيزها على الورق، أو الجلد، أو اللوح، أو تكتب بالمداد، أو زعفران، أو تنقش. فقد جاء في حاشية البجيرمي <<وضابط المكتوب عليه كل ما يثبت عليه الخط كرق وثوب سواء

[1] مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص429.

[2] مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص429.

كتب بحبر، أو نحوه، أو نقر صورة الحرف في حجر، أو خشب، أو خطها على أرض>>[1].

بمعنى أن الكتابة تجوز على أية دعامة تعارف عليها الناس، مدام أثرها يبقى بعد الانتهاء من الكتابة، ويمكن العودة إليها والاطلاع عليها في أي وقت أو عند الحاجة، ومنه فإذا تعارف الناس على كتابة معينة تتم على دعامات غير ورقية كالكتابة الالكترونية، فإن الفقه الإسلامي لا مانع لديه من الاعتماد عليها، والركون إليها في إثبات الحقوق، وكافة المعاملات، والتصرفات متى كانت موثوق فيها ولم توجد فيها أية شبهة أو ريبة، وهذا ما يجعلنا نقول بأن قواعد الشريعة الإسلامية ليس فيها ما يمنع تطبيق النظم المتطورة والأساليب الفنية والتقنية الحديثة والأخذ بها في مجال الإثبات سواء في المواد المدنية أو الجزائية وبخاصة الكتابة الالكترونية شأنها شأن الكتابة التقليدية لكونها مقروءة ومفهومة ويمكن نسبتها لمن صدرت عنه .

هذا فضلا على أن الكتابة الالكترونية تتميز بمستوى أمني وخصوصية بدرجات تفوق الكتابة التقليدية التي غالبا ما تكون عرضة للعبث، والاطلاع عليها بغير وجه مشروع، وأن القول باعتماد الكتابة الالكترونية يضفي الثقة على المعاملات التجارية، وبخاصة التجارة الالكترونية، وهي بهذا الشكل لا تخالف نصا شرعيا، ولا تتعارض مع أصل من أصول الشريعة الإسلامية إن الاعتماد على الكتابة وصلاحيتها للإثبات إنما تدور مع العرف وجودا وعدما وتنعكس عليها ألوانه ويتضح ذلك في المسوغات الفقهية التي يأتي بها الفقهاء لتعليل إعمال الكتابة أو إهمالها فهم يتخيلون العلل ويتوسعون في افتراض الاحتمالات التي تطعن في الكتابة والتعويل عليها كدليل للإثبات، ومنه وبخصوص الكتابة الالكترونية فإذا ما جرى العرف على العمل بها، واعتمادها دليلا لإثبات العقود،

[1] حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب المسماة التجريد لنفع العبيد للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمى، المكتبة الإسلامية ديار بكر تركيا ، الجزء الرابع ص08.

والحقوق فلا مانع لديهم من العمل بها والتعويل عليها استجابة لنداء العرف المستجد ونافلة القول أنه لا مانع لدى الفقه الإسلامي من الاعتماد على الكتابة الالكترونية واعتبارها دليلا يعمل به شرعا في إثبات العقود التي تبرم عن طريق شبكة الانترنت لكونها الوسيلة الملائمة لإثبات تلك العقود ومن ثمة فإنه لا حرج في الاعتماد على المستندات الالكترونية المستخرجة من الحاسب الآلي في إثبات العقود ولا يقلل من حجيتها أن أجهزة الحاسب الآلي معرضة للاختراق ومع هذا فقد أجاز الفقه الإسلامي الاحتجاج بالكتابة الالكترونية من باب التيسير ورفع الحرج والمشقة[1].

المطلب الثاني

حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات

المحرر العرفي يرتبط مضمونه بالدعامة التي يثبت عليها وهي عادة ما تكون دعامة ورقية، ومصداقية هذا المحرر مرتبطة أيضا ببقاء مضمون المحرر على الدعامة الورقية الأساسية، فالمصداقية إذن تتوفر جزئيا بفعل الدعامة الورقية، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للمحرر الالكتروني حيث يتعين المحافظة على مصداقية المحرر وان تغيرت دعامته كما لو نقل ملف رقمي موقع الكترونيا موجود على دعامة الكترونية ممغنطة إلى قاعدة بيانات الحاسب الآلي ثم إلى قاعدة بيانات حاسب آخر من خلال شبكة الانترنت هنا تظهر وظيفة التوقيع الالكتروني حيث أن مصداقية المحرر لم تعد مؤمنة من خلال الدعامة بل مؤمنة من خلال منظومة التوقيع الالكتروني الذي يجسد رقميا وليس ماديا مضمون المحرر الالكتروني لذلك يجب توفير الحجية له.[2]

[1] مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 432.

[2] الدكتور وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق ،ص150.

والعنصر الثاني الذي بموجبه يكون دليل الإثبات الالكتروني كاملا والذي يحدد هوية الشخص ويعبر عن قبوله بالالتزامات الواردة في المحرر هو التوقيع الالكتروني ومنه فلا قيمة لدليل الإثبات إذا لم يكن موقعا من أطرافه فالتوقيع الالكتروني هو من يعطي دليل الإثبات حجيته وتبقى حجته قائمة إلى أن يثبت العكس بتقديم دليل آخر بخلاف ذلك ولهذا أعطت التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني، للتوقيع الالكتروني بعدا قانونيا يعادل بقوته الثبوتية الحجية المقررة للتوقيع التقليدي .[1]

ولدراسة حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات قسمنا هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع 1: حجية التوقيع الالكتروني ومساواتها بحجية التوقيع التقليدي ضمن النصوص المقرة بهذه الحجية.

الفرع 2: قرينة حجية التوقيع الالكتروني.

الفرع الأول

حجية التوقيع الالكتروني ومساواتها بحجية التوقيع التقليدي ضمن النصوص القانونية المقرة بهذه الحجية

إن عجز القواعد القانونية التقليدية عن استيعاب المحررات الموقعة الكترونيا كوسيلة لإثبات المعاملات الالكترونية وعدم كفاية الحلول الجزئية المطروحة مما شكل عائقا أمام تطور التجارة الالكترونية واعتماد تقنية التوقيع الالكتروني في الإثبات، وبالتالي أصبح من المسلم أن ازدهار التجارة الالكترونية متوقف على اعتراف التشريعات بالعقود الالكترونية والمحررات الالكترونية والتواقيع الالكترونية كبدائل لإبرام العقود والاستناد إليها أمام مرفق القضاء كدليل إثبات إن التوجه نحو التجارة الالكترونية والتواقيع الالكترونية

[1] Martin (s) .op.cit p7

وحجم المعاملات دفع بالهيئات والمنظمات الدولية والحكومية على حد سواء إلى البحث في إيجاد إطار قانوني ناظم للمعاملات الالكترونية.

لم يكن إضفاء الحجية على التوقيعات الالكترونية وجعلها أداة لإثبات المعاملات الالكترونية أمرا مطلقا بل قيدته بعض القوانين التي اعترفت له بالحجية في الإثبات بشروط يلزم توافرها لاكتسابه الحجية واعتباره دليلا في الإثبات،[1] وأن السواد الأعظم من التشريعات، سواء الدولية، أو الإقليمية، أو الوطنية قد نصت على هذه الشروط باعتبارها دعائم الاعتراف بالتوقيع الالكتروني هذه الشروط سبق دراستها ويمكن الإشارة إليها في شكل عناصر فقط:

- أن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده.
- أن يكون التوقيع الالكتروني قادرا على تحديد هوية الموقع.
- أن يتم إنشاؤه بوسائل تقع تحت سيطرة الموقع وحده.
- أن يرتبط بالبيانات بشكل يسمح باكتشاف أي تعديل يحدث في البيانات.

لقد جاء قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية من أجل إزالة العوائق التشريعية من أمام التجارة الالكترونية وبشكل خاص السعي لإثبات صلاحية المحرر الالكتروني، والتوقيع الالكتروني لإنشاء الالتزامات التعاقدية، واعتبار التوقيع الالكتروني وسيلة إثبات يعتد بها أمام القضاء، وهذا لسد الفراغ الناشئ عن سكوت التشريعات الوطنية عن تنظيم هذه القضايا الحديثة نسبيا فلقد نصت المادة 1/6 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية على أنه <<حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع

[1] محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص99.

الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة>>[1]

أما بخصوص التشريعات الإقليمية فقد تبنى الاتحاد الأوربي التوقيع الالكتروني وحجيته، وذلك من أجل تحقيق الثقة والأمان داخل الاتحاد الأوربي هذه الثقة تتوقف في المقام الأول على ثقة الأفراد في عمليات التبادل، والتوقيعات الالكترونية باعتبارها تمثل عصب الحياة الاقتصادية الالكترونية لهذا عمل على إصدار توجيه بشأن التوقيعات الالكترونية في 1999/12/13 ، وعلى الرغم من أن الأعمال الخاصة بالتوقيعات الالكترونية كانت قيد الإعداد على المستوى الدولي داخل أروقة الأمم المتحدة إلا أن البرلمان الأوربي فضل عدم الانتظار حتى إصدار النص العالمي بشأن التوقيعات الالكترونية فقد نصت المادة 1/5 من التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية على << تسهر الدول الأعضاء بشأن التوقيعات الالكترونية المسبقة (المتقدمة) القائمة شهادة موصوفة والمنشئة بطريقة منظمة آمنة لإنشاء التوقيع على الآتي:

- أن تستجيب التوقيعات الالكترونية للمتطلبات الشرعية للتوقيع حيال البيانات الالكترونية على ذات النحو الذي يستجيب به التوقيع الخطي للمتطلبات حيال البيانات الخطية أو المطبوعة على الورق.
- أن تكون مقبولة كأدلة أمام القضاء>>.

إن التوجيه الأوربي وتماشيا مع واقع التعامل بالمحررات الالكترونية الذي أصبح مفروضا في وقتنا الراهن وفي إطار الرغبة في تدعيم قبول الإثبات بالأدلة الكتابية الالكترونية ومن اجل توفير الثقة والأمان في التعاقدات التي تبرم عن طريق الانترنت فقد أسبغ التوجيه الأوربي على التوقيع الالكتروني والكتابة والمحررات الالكترونية نفس

[1] الدكتور عبد الفتاح مراد ، شرح قوانين التوقيع الالكتروني في مصر والدول العربية، ص56.

الحجية المقررة للتوقيع التقليدي والمحررات التقليدية وذلك في نطاق المعاملات التجارية والمدنية [1] مع الملاحظة أن التوجيه الأوربي الصادر في 1999/12/13 أخرج من نطاق استعمال التوقيع الالكتروني العقود المنشئة والناقلة للحقوق العقارية (ماعدا حقوق الإيجار) والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطات العامة وعقود الكفالة أما بخصوص التشريع الجزائري فإنه إعتد بالتوقيع الالكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 من القانون المدني المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وذلك بقولها << يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه>> والمشرع الجزائري كذلك بموجب المرسوم 162/07 عرف التوقيع الالكتروني في المادة 3 مكرر منه على أن التوقيع الالكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 وهو التوقيع الالكتروني المؤمن غير أن التشريع الجزائري وعندما سن القانون رقم 04/15 المؤرخ في 2015/02/01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين نص في أحكام المادة 8 منه على أنه << يعتبر التوقيع الالكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي >>[2] .

من خلال النص المذكور أعلاه نجد وأن التشريع الجزائري حصر الحجية في التوقيع الالكتروني الموصوف دون غيره وساوى بين حجيته وحجية التوقيع التقليدي بصرف النظر عن طبيعة الشخص الموقع، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا عاما أو خاصا وهذا يستفاد من عموم النص.

---

[1] الدكتور مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص473.

[2] القانون رقم 04/15 المؤرخ في 2015/02/1 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 06 فيفري سنة 2015.

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 9 من ذات القانون نجد وأن المشرع قد نص على أنه لا يمكن تجريد التوقيع من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل إثبات أمام القضاء حتى ولو لم يكن هذا التوقيع موصوفا وهذا بحسب ما جاء في المادة 09 بقولها <<بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية بسبب:

1- شكله الالكتروني أو
2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة أو
3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني.>>

من خلال أحكام المادة 8 .9 من قانون 04/15 نجد وأن المشرع الجزائري في المادة 8 اعتبر وأن التوقيع الالكتروني الموصوف هو وحده المماثل للتوقيع المكتوب غير أنه في المادة 9 اعترف بحجية التوقيع الالكتروني البسيط ونص على عدم إمكانية تجريده من فعاليته القانونية بمعنى أن التشريع ساير بموجب المادة 9 ما ورد في التوجيه الأوربي بخصوص التوقيعات الالكترونية لأن المادة 9 مستوحاة من المادة 02/05 من التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نصت المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي على أن <<التوقيع ضروري لإتمام العقد القانوني ولتحديد هوية من وضعه كما يكشف عن رضاء الأطراف بالالتزامات الناشئة عن العقد ... حينما يكون التوقيع الكتروني فإنه يكمن في استخدام طريقة جاهزة لتحديد الهوية بما يضمن ارتباطه بالعقد الذي وضع التوقيع عليه>>.

إن التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي راعى من خلاله الاتجاه الحديث في الاعتراف بالكتابة والتوقيعات الالكترونية في مجال الإثبات بثا للثقة فيها واستجابة لمتطلبات التجارة الالكترونية وتحقيقا لاستقرارها من حيث قبولها كدليل إثبات وحجتها أمام القضاء، ويبقى

على رجال القضاء والقانون استخلاص الحقائق والنتائج المنطقية التي تفرضها طبيعة الدليل الالكتروني على اعتبار أن المعاملات الالكترونية لا تثبت إلا بدليل من ذات الطبيعة .

أما بخصوص قانون المعاملات الالكترونية الأردني فقد جاء بمادتين ساوى فيهما حجية التوقيع الالكتروني بحجية التوقيع التقليدي فقد نصت المادة 7/أ على أنه << يعتبر التوقيع الالكتروني منتجا للآثار ذاتها المترتبة على التوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامه للأطراف وصلاحيته من حيث الإثبات .>>

كما نص كذلك قانون المعاملات الالكترونية الأردني في مادته 10 على انه << إذا استوجب تشريع نافذ توقيعا على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع فإن التوقيع الالكتروني على السجل الالكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع>> أما عن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي فقد نصت المادة 1/10 على أنه << إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن التوقيع الالكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة 21 من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط >>

أما بخصوص التشريع الفلسطيني فقد أصدر قانون خاص يتضمن تنظيم التوقيع الالكتروني وجاء في مادته 14 على أن <<التوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية>>

يتبين من خلال جميع النصوص القانونية السابقة، وأن هذه التشريعات قد اختلفت في طريقة معالجة الأحكام الخاصة بالتوقيع الالكتروني، حيث عالجته بعض التشريعات ضمن تشريع متكامل للتجارة الالكترونية والمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني، وهناك جانب آخر من التشريعات أفرد قانونا خاصا ومستقلا بالتوقيع الالكتروني مثل

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 والقانون الجزائري الخاص بالتوقيع والتصديق الالكترونيين رقم 04/15 لسنة 2015 غير أن هذه التشريعات المختلفة أولت اهتماما كبيرا بالإثبات الالكتروني حيث ساوت التوقيع الالكتروني بالتوقيع الخطي (التقليدي) وأقرت له حجية مساوية لحجية التوقيع التقليدي.[1] ومن هذا الباب نستطيع أن نقول أن إحداث التوقيع بواسطة وسيلة الكترونية لم تعد عقبة أمام الاعتراف وقبوله كعنصر من عناصر دليل الإثبات فقد أصبح التوقيع الالكتروني بعد مساواته بالتوقيع التقليدي من حيث الوظائف والحجية أداة قانونية قائمة بذاتها تصلح لتوثيق التصرفات والتعاملات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية أو من خلال فضاءات (الانترنت) هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن المساواة بين التوقيع الالكتروني، والتوقيع التقليدي حجمت سلطة القاضي التقديرية في الأخذ بالتوقيع الالكتروني أو رفضه لأن القاضي يعمل وفقا لقاعدة تبعيته للمشرع ومادام التشريع اعترف بحجية التوقيع الالكتروني فما على القاضي سوى اعتماده كدليل للبت في المنازعات المعروضة عليه غير أن حجية التوقيع الالكتروني ليست مطلقة ولا تمنح لجميع التوقيعات الالكترونية أيا كانت درجة موثوقيتها فهناك شروط نصت عليها التشريعات المختلفة يجب أن تتوافر في التوقيع الالكتروني لمساواته من حيث الحجية مع التوقيع التقليدي كما أن جميع التشريعات أعطت الحق للمحتج في مواجهته بالتوقيع الالكتروني إثبات عكسه ودحضه بأية وسيلة كانت.

أولا- أحكام وشروط قرينة التوقيع الالكتروني

إن التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني فرقت، وميزت بين الحجية المقررة للتوقيع الالكتروني البسيط والحجية المقررة للتوقيع الالكتروني المتقدم (الموصوف) هذه

[1] الدكتور أبو الليل إبراهيم الدوسقي ، المرجع السابق،ص1867.

التشريعات اعترفت صراحة بحجية التوقيع الالكتروني المتقدم أو الموصوف (المؤمن) وساوتها بحجية التوقيع الخطي التقليدي بينما اختلفت حول حجية التوقيعات الالكترونية البسيطة غير أنه وبالرجوع إلى التوجيه الأوربي رقم 1999/93 المتعلق بالتوقيع الالكتروني نجده لم ينكر الحجية على التوقيع الالكتروني غير المعزز(البسيط) بشرط أن تتوفر فيه الشروط القانونية التي يتوفر عليها التوقيع التقليدي لكي يكون مساويا له وبالتالي يتمتع بنفس حجيته في الإثبات خاصة إذا قدم صاحبه الدليل على صحة منظومة إنشاء هذا التوقيع البسيط (غير المعزز)، وفي المقابل فإن التشريع الجزائري قد اعترف بحجية التوقيع الالكتروني البسيط وهذا يستشف من أحكام المادة 9 من القانون 04/15 المذكورة أعلاه. وحتى يكون للتوقيع الالكتروني حجية مساوية للتوقيع التقليدي ينبغي أن يحقق المتطلبات والشروط الآتية:

- إنشاء التوقيع الالكتروني بواسطة وسائل خاصة بالموقع وتحت سيطرته وحده دون غيره، هذا الشرط تم النص عليه في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية في المادة 3/6/ب بقولها << يعتبر التوقيع الالكتروني موثوقا به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة (أ) إذا كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر[1]>> .

والتوجيه الأوربي نص في الملحق الثالث على تحديد الاشتراطات الواجب توافرها في أدوات التوقيع الالكتروني المؤمنة بمعنى أنه حتى يكون التوقيع الالكتروني مؤمنا أو متقدما أن يتم إنشاؤه بواسطة أدوات خاصة بالموقع خاضعة لسيطرته وحده دون غيره، ومن ذلك مفتاح التوقيع الالكتروني الخاص الذي يتعين أن يكون مدون على قاعدة بيانات الحاسب الآلي، أو على قرص خاص بالموقع في حالة إنشاء توقيع بواسطة هذا المفتاح وقد نص القانون الفرنسي رقم 2000/230

[1] عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق، ص56.

والذي عدل قواعد الإثبات وكيفها مع تكنولوجيا المعومات بنص المادة 1316 على أن فاعلية التوقيع الالكتروني تكمن في استخدام وسيلة تشغيل جاهزة وهي الأداة الموثوق فيها لإحداث منظومة التوقيع الالكتروني وتحديد هوية وشخصية الموقع (صاحب التوقيع) وضمان سلامة المحرر الالكتروني [1]

- ارتباط التوقيع الالكتروني بيانات المحرر الالكتروني على نحو يكشف أي تبديل لاحق على بيانات المحرر أو على التوقيع ذاته، حتى يكون التوقيع الالكتروني متقدما (موصوفا) يجب أن يضمن سلامة بيانات المحرر الالكتروني وبيانات الإنشاء لأن المحرر الالكتروني قد يحدث عليه تغيير أثناء عملية إرساله سواء كان مرد هذا التغيير عطل في وسائل الإرسال الفنية أو نتيجة تدخل الغير أو من المرسل إليه[2].

إن سلامة المحررات الالكترونية مطلوبة في تبادل البيانات عبر شبكة الانترنت وتتحقق سلامة بيانات المحرر من خلال وسيلة التوقيع الالكتروني لأن هذا الأخير مناط به كشف أي تغيير لاحق يمس بيانات المحرر الالكتروني أو بيانات إنشائه بعد توقيعه وهذه وظيفة يتميز بها التوقيع الالكتروني عن التوقيع الخطي التقليدي، ويمكن كشف التغيير من خلال منظومة فحص التوقيع الالكتروني لأنه من واجب المرسل إليه المحرر الالكتروني فحص بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني (هذا الفحص يسمح له بالتيقن من هوية صاحب التوقيع) وتتم عملية فحص بيانات التوقيع الالكتروني بفضل المفتاح العام للمرسل الذي يسمح للمرسل إليه بالاطلاع على ملخص المحرر الالكتروني وأن عملية فحص البيانات إنشاء التوقيع الالكتروني تسمح بتحديد هوية صاحب التوقيع والتيقن منه.

إن التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني أولت اهتماما كبيرا بسلامة بيانات المحرر

[1] Les Éléments probants Electroniques, Op.cit,p2

[2] محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص107.

الالكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الالكتروني الموصوف فقد اشترط قانون التوقيع والتصديق الالكتروني الجزائري أن تبقى بيانات المحرر الالكتروني كاملة دون أن يطرأ عليها أي تغيير وهذا ما نصت عليه المادة 1/11/ج << أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الالكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين >> ونصت المادة 2/11 << يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع>>

يتم التأكد من أن بيانات المحرر الالكتروني لم يقع عليها أي تغيير من خلال ما أسماه المشرع الجزائري بموثوقية آلية التحقق من التوقيع الالكتروني الموصوف وهذا بحسب ما نصت عليه المادة 12 من القانون 04/15 بالإضافة إلى أن التحقق من بيانات إنشاء المحرر الالكتروني أو بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني من أنها لم تتعرض لأي تغيير من خلال إجراءات التصديق الالكتروني وهذا ما نصت عليه المادة 15/هـ بقولها: << شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق الكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

".... هـ- بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الالكتروني وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الالكتروني>>.

أما في قانون المعاملات الالكترونية الأردني فإن التحقق من أن بيانات المحرر الالكتروني أو بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني لم تتعرض لأي تغيير يتم من خلال إجراءات التوثيق المعتمدة وهذا بحسب ما جاءت به المادة 30 منه ويقصد بها الإجراءات المتبعة للتحقق من أن التوقيع الالكتروني أو المحرر الالكتروني اخترق من شخص معين أو لتتبع التغيرات والأخطاء التي مست السجل الالكتروني بعد إنشائه بما في ذلك استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير والاستعادة العكسية أو أي إجراء من إجراءات التحقيق الأخرى التي تفي بالغرض المطلوب.

ثانيا- فحص التوقيع الالكتروني بحسب المرسوم رقم 272 لسنة 2001

لم تختلف اشتراطات مجلس الدولة الفرنسي عما ورد في التوجيه الأوربي فقد ورد بالمادة 3 من المرسوم رقم 2001/272 على أنه << لا تعد أداة إنشاء التوقيع الالكتروني مؤمنة إلا إذا استوفت المتطلبات المنصوص عليها في I >>

I- أداة إنشاء التوقيع الالكتروني المؤمنة يجب أن:

1- تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجرائية الملائمة أن بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني :

أ)- لا يمكن أن تنشأ أكثر من مرة وأن تكون سريتها مكفولة.

ب)- لا يمكن كشفها عن طريق استنباطها أو استنتاجها وأن يتم حماية التوقيع الالكتروني ضد أي عملية تزوير.

ج)- تقدم حماية بوسيلة مرضية لحماية الموقع ضد استخدام توقيعه من قبل الغير.

2- أن لا تحدث أي تغيير في محتوى المحرر الموقع وأن تكون مانعة للموقع من المعرفة الدقيقة لمضمون المحرر قبل توقيعه[1].

من خلال النص المذكور أعلاه يتبين وأن الفحص يتم من خلال منظومة فحص التوقيع الالكتروني الموجودة في شهادة التصديق الالكترونية وهي آلية أو برمجية مخصصة لتطبيق بيانات فحص التوقيع الالكتروني، وهذه العملية تبرهن إما على أن التوقيع الالكتروني صحيح، وإما أن التوقيع غير صحيح، وإما أن مسار، وإجراءات الفحص لا تشمل على بيانات كافية للإجابة والبرهنة، وأن شروط توثيق منظومة

[1] محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص107.

فحص التوقيع الالكتروني نظمتها المادة 5 من المرسوم 2001/272 وبخلاف التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية فإن المرسوم لا يشترط توثيق منظومة الفحص بمعنى أن توثيق منظومة الفحص اختيارية وعلى الرغم من الطبيعة الاختيارية لتوثيق المنظومة إلا أن شروط توثيقها حددت بالمادة 5 بقولها: << أن منظومة مراجعة التوقيع الالكتروني يمكن أن تكون موضوعا للتوثيق عقب التقييم حسب الإجراءات المحددة بالقرار المشار إليه في المادة 4 إذا ما استوفت المتطلبات التالية:

أ- يجب أن تكون بيانات مراجعة التوقيع الالكتروني المستخدمة هي ذاتها البيانات التي تم وضعها تحت علم الشخص الذي استخدم المنظومة، والذي يحمل وصف المراجع .vérificateur

ب- يجب أن تتيح شروط مراجعة التوقيع الالكتروني ضمان صحة التوقيع، وإلا تتعرض نتيجة هذا الفحص (المراجعة) للتحريف حينما يتم وضعها تحت نظر المراجع.

ج- يجب على المراجع أن يحدد إذا دعت الضرورة إلى ذلك - مضمون البيانات الموقعة بصورة صحيحة.

د- يجب أن يتم مراجعة شروط وحدة صلاحية الشهادة الالكترونية المستخدمة خلال مراجعة التوقيع الالكتروني وأن يتم عرض النتيجة دون تحريف على المراجع.

هـ- يجب وضع هوية صاحب التوقيع دون تحريف تحت علم المراجع.

و- حينما يتم استخدام اسم مستعار يجب اطلاع المراجع عليه.

ز- كل تعديل يرتب أثر على شروط مراجعة التوقيع الالكتروني يجب أن يتاح

الكشف عنه.[1]

ثالثا- التوقيع الالكتروني يعرف بهوية صاحبه والتعبير عن رضائه بمحتوى المحرر الالكتروني

لقد سبق وأن أشرنا في وظائف التوقيع الالكتروني على قدرته على تحديد هوية الموقع والتعبير عن الإرادة في الالتزام بمحتوى التصرف ورضا صاحبه بمحتوى المحرر، فإذا حقق التوقيع الالكتروني هذه المتطلبات اكتسب صفة التوقيع المتقدم أو كما عبر عنه المشرع الجزائري بالتوقيع الموصوف ومنه فلا داعي لإعادة شرح ما سبق تبيانه على النحو المذكور أعلاه وثبت من خلال هذه الدراسة وبالتحديد في أنواع التوقيع الالكتروني أن التوقيع بالرقم السري المقترن بالبطاقة الالكترونية، والتوقيع المشفر يحققان هذا المتطلب أو الغاية من التوقيع، فبواسطة المفتاح العام الخاص بالمرسل (الموقع) يستطيع المرسل إليه التحقق من هوية الشخص الموقع من خلال الرجوع إلى شهادة التصديق الالكتروني المرسلة مع المحرر الالكتروني أو تلك المنشورة على الموقع الالكتروني الخاص بجهة التصديق الالكتروني،[2] وهناك رأي فقهي مطروح يرى بأن التوقيع الالكتروني لا يسمح بتحديد من هو الشخص وإنما يسمح فقط بتحديد هوية الحاسب الآلي مصدر الإرسال ودون التحقق من صفة المرسل.[3] وجهة التصديق الالكتروني لا توثق المحررات الالكترونية الناتجة عن تبادل الرضاء بين الأطراف لعدم معرفتها بالعقد ومحتواه وإنما تقوم هذه بتثبيت العلاقة بين الشخص والمفتاح العائد إليه وأن نية التعبير عن الرضاء والالتزام بمضمون المحرر الالكتروني تكمن في استخدام الموقع مفتاحه

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 390.

[2] Les Elément probants Eletronique.op.cit.p.9

[3] Vivien (n).op.cit.p2

الخاص لأن في تفعيل بيانات إنشاء التوقيع دليلا على الرغبة والإرادة الصريحة في الالتزام بما تم توقيعه.

رابعا- أن يتميز التوقيع الالكتروني بارتباطه الفريد بالشخص صاحب التوقيع

حتى يكون التوقيع الالكتروني موصوفا أو متقدما يجب أن يميز الشخص الموقع على المحرر الالكتروني عن غيره لأن الحكمة من هذا هو أن التصرفات التي تتم عبر وسائط الكترونية ينبغي أن يكون ربط بين الشخص الموقع والمحرر الالكتروني الصادر عنه لأن التعاملات عن طريق الوسائط الالكترونية تتميز بغياب التقابل الجسدي للأطراف (غياب الأطراف عن مجلس العقد الذي يتم في فضاء الكتروني)، كما أن المحرر الالكتروني لا يثبت على دعامة الكترونية واحدة لذلك فإن التوقيع الذي يعبر عن هوية صاحبه ويؤكد محتوى المحرر الالكتروني حتى وان تغيرت دعامته ينبغي أن يكون متصلا بشكل وثيق ومتمايز بصاحبه والثابت أن كل توقيع الكتروني يحقق الوظائف السابقة الذكر فهو توقيع متقدم أو موصوف ويعتبر حجة قائمة مساوية لحجة التوقيع الخطي ولكن هذا الأمر لا يؤخذ على إطلاقه لأنه يمكن إثبات أن هذا التوقيع موصوف أو متقدم بأية طريقة وهذا بحسب ما جاءت به المادة 4/6/أ من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية[1] وقد يتفق الأطراف فيما بينهم على أن التوقيعات المتبادلة بينهم هي توقيعات الكترونية متقدمة وذلك من خلال تنظيم عقد يبين أجل وشروط التوقيعات الالكترونية ومستوى الأمان الذي يعتبرونه ملائما .

[1] نص المادة 4/6/أ من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية 4 لاتحد الفقرة 3 من قدرة أي شخص:

أ) على القيام بأي طريقة أخرى بإثبات موثوقية التوقيع الالكتروني لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة1.

الفرع الثاني

قرينة حجية التوقيع الالكتروني المتقدم

التشريعات المختلفة أقرت بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات كما نصت على قبوله كدليل أمام القضاء ولكن في حالة عدم توفر المتطلبات الضرورية، لقيام قرينة إمكانية إحداث منظومة التوقيع الالكتروني يتحمل صاحب التوقيع التدليل على صحة وصلاحية بيانات هذه المنظومة، غير أنه في حالة المنازعة في صحة بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني فإن من يتمسك بالتوقيع الالكتروني يقع عليه تقديم الدليل على صحة بيانات الإنشاء[1] فمن يتمسك بتوقيع الكتروني بسيط عليه إقامة الدليل على كفايته الفنية لاعتباره دليلا منتجا في النزاع.

إن قرينة حجية التوقيع الالكتروني المتقدم أو الموصوف تعمل على إعفاء الموقع من تقديم الدليل أو من عبء الإثبات إلى أن يقدم دليلا عكسيا على أن التوقيع الالكتروني ليس بتوقيع متقدم لأنه وقت إحداث بياناته لم يستوف المتطلبات والشروط اللازمة التي تجعله توقيعا متقدما خاصة، وأنه يمكن للمحتج ضده بالتوقيع الالكتروني أن يدحض هذه القرينة (قرينة حجية التوقيع المتقدم) وهذا ما جاءت المادة 4/6/ب من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية[2].

كما أنه يمكن للقاضي طرح واستبعاد هذه القرينة متى توافرت قرائن وشواهد تثير الريب فيها.

[1] Amegee (n) la signature Electronique Fragilise _ t_ elle le contrat? P.7.http://www.lexana.org

[2] نص المادة 4/6/ب من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية 4- لا تحد الفقرة 3 من قدرة أي شخص:

ب- على تقديم دليل على عدم موثوقية التوقيع الالكتروني.

أولا– قرينة حجية التوقيع الالكتروني المتقدم في التشريعات الإقليمية

أما بخصوص التشريعات الإقليمية فقد نص قانون التوجيه الأوربي للتوقيع الالكتروني في مادته 02/05 على أنه <<تسهر الدول الأعضاء على تحقيق الفعالية القانونية للتوقيع الالكتروني وقبوله بصفة دليل، وعلى عدم رفضه لمجرد أنه لم يرد في شكل الكتروني، أو لأنه لا يرتكز على شهادة موصوفة صادرة عن طريق مكلف معتمد أو لأنه لم يتم إنشائه عن طريق منظومة آمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني>> .

من خلال هذا النص يتبين وأن التوقيع الالكتروني يحفظ بفعاليته القانونية وقوته الثبوتية حتى وان فقد إحدى المتطلبات الضرورية لإنشائه، والقوة الثبوتية لهذا التوقيع تبقى قائمة ما لم ينكرها الطرف الآخر، أو المنازع، وإذا أنكرت فإن الذي يتمسك بهذا التوقيع الالكتروني البسيط عليه أن يثبت سلامة الوسيلة الفنية المستعملة في إنشاء بيانات التوقيع الالكتروني.

ثانيا– قرينة حجية التوقيع الالكتروني المتقدم في التشريعات الوطنية

بخصوص القانون الفرنسي فقد نص على أن طريقة إحداث بيانات التوقيع الالكتروني مفترضة إلى غاية إثبات العكس فقد نصت المادة 4/1316 على <<.... أن إمكانية تشغيل هذه الطريقة (طريقة تشغيل بيانات التوقيع) مفترضة لحين قيام دليل عكسي غير ذلك >> .

أما المشرع الجزائري اعتبر الكتابة سواء في الشكل الالكتروني أو على دعامة مادية لا تعد دليلا كاملا في الإثبات ما لم تكن موقعة فالتوقيع هو العنصر الثاني الذي يعطى للمحررات حجية وبذلك نصت المادة 327 مكرر 2 من القانون المدني على أنه يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة

ما هو منسوب إليه ونص كذلك على أنه يعتد بالتوقيع الالكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الالكتروني استكمالا لاعترافه بحجية الكتابة في الشكل الالكتروني مسايرة وتماشيا مع إفرازات عصر المعلومات الذي أدخل رسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها الكترونيا كما نصت المادة 7 من القانون04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين على أن التوقيع الالكتروني الموصوف هو التوقيع الالكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة .
2- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع......

هذا بالإضافة إلى أن المادة 9 من ذات القانون نصت على أنه << بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

1- شكله الالكتروني أو
2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة أو
3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني.>>

وهذا يعني أن المشرع الجزائري أقر بصورة واضحة ومباشرة بأن التوقيع الالكتروني البسيط أي ذلك التوقيع الذي لم يستوف شروط التوقيع الموصوف يمكن الاعتماد عليه كدليل إثبات أمام القضاء ولا يمكن تجريده من الحجية المعبر عنها بالفاعلية القانونية.

أما بالنسبة لقانون المعاملات الالكترونية الأردني فقد نصت المادة 32/أ/2 على أنه <<ما لم يثبت خلاف ذلك يفترض أن التوقيع الالكتروني الموثق صادر عن الشخص

المنسوب إليه >>، وفي المقابل فإن المادة 32/ب من قانون المعاملات الالكترونية الأردني قد جردت التوقيع الالكتروني البسيط من أية قوة ثبوتية فقد نصت على أنه <<إذا لم يكن التوقيع الالكتروني موثقا فليس له أي حجية>> .

أما بخصوص القانون البحريني المتعلق بالتجارة الالكترونية فقد جرد التوقيع الالكتروني البسيط من أية قوة ثبوتية ولا يعتبر حجية وهذا بنص المادة 4/6 بقولها << إذا لم يتم وضع التوقيع الالكتروني باستعمال شهادة معتمدة فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام البند السابق لا تلحق أيا من التوقيع أو السجل الالكتروني >>[1].

كما أن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي فقد نص في المادة 10 على انه << إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن التوقيع الالكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة 21 من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط >>

يتضح من نص المادة 10 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي أن التوقيع الالكتروني الذي يشترط وجوده على المحررات الالكترونية يجب أن يكون توقيعا الكترونيا متقدما. من خلال النصوص القانونية التي تم التعريج عليها يتبين وأن هناك من التشريعات التي لم تعترف بالحجية والقوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني البسيط أو ذلك الذي لم يكن معتمدا من جهة اعتماد التوقيعات الالكترونية وجردته من كل فعالية قانونية وهناك من التشريعات الحديثة أقرت بحجية التوقيع الالكتروني سواء في صورته البسيطة أو في صورة التوقيع الالكتروني الموصوف أو المتقدم ومن بين هذه التشريعات التشريع الجزائري الأخير الذي جاء بأحكام القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين مع الملاحظ أنه يتعين إعادة صياغة المادة 8 منه حتى يكون هناك انسجام

[1] محمد محمد سادات ، المرجع السابق، ص 139.140.141.

في النصوص القانونية وأن لا يكون هناك في تضارب في نصوص القانون الواحد.

المبحث الثاني

حجية المحررات الالكترونية في الإثبات

القواعد العامة في معظم التشريعات تعتبر الدليل الكتابي الدليل الأسمى في الإثبات ويراها البعض الآخر أنها الأكثر التصاقا بالحقيقة.[1]

كما أنه يمتاز بإمكانية إعداده مسبقا وخلوه من العيوب التي تعتري طرق الإثبات الأخرى كاحتمال فوات فرصة الاستشهاد بالشاهد بوفاته أو غيابه بسبب سفره ولكن من المعلوم أن ثمة تحول من المجتمع الورقي إلى المجتمع الرقمي أو من الكتابة اليدوية والتوقيع الخطي إلى الكتابة الرقمية والتوقيع الرقمي وذلك نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي وهو الأمر الجلي والواضح في كافة المجتمعات الحديثة ومنها المجتمعات العربية وكان للتطور في وسائل التعاقد المستحدثة وخاصة شبكة المعلومات الدولية " الانترنت" أن ذهب الكثيرون إلى القول بعدم ملائمة المفاهيم التقليدية في الإثبات لروح العصر إزاء ظهور مشكلة تخزين المعلومات وكيفية استرجاعها والمحافظة عليها ونتيجة التقدم العلمي جاء الحاسب الآلي لتيسير عملية الحفظ والاسترجاع إن المحرر الالكتروني لم يكن بمنأى عن التوقيع الالكتروني في خصوص حجيته المعترف بها تشريعا والمحرر التقليدي إذا كان وسيلة أطرافه نحو إثبات التصرف القانوني المدون على المحرر فإن المحرر الالكتروني لم يكن بأقل منه في إثبات المعاملة الالكترونية المبرمة بين طرفيه لما له من عناصر تناظر المحرر التقليدي كالكتابة والدعامة والتوقيع. وخصائص تماثله كدوامه وثبات محتواه بما يؤهله لتولي وظيفة الإثبات باعتباره دليلا محتجا به أمام القضاء،

[1] محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ،الجزء الثاني ، أحكام الالتزام، مطابع الوحدة العربية الزاوية، الطبعة الأولى،2005، ص317.

خاصة وان المحررات الالكترونية صارت حقيقة قائمة بذاتها معتمد عليها في إبرام المعاملات القانونية بالإضافة إلى أن التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني اعترفت بصحة وحجية المحررات المدونة على دعائم ووسائط الكترونية مساوية لحجية المحررات اليدوية والموقعة خطيا بمعنى أن المحرر الالكتروني لا يفقد صلاحيته وفعاليته القانونية كدليل إثبات بسبب شكله الالكتروني، وفي حالة ما إذا ثار خلاف بين الأطراف المتعاقدة بالشكل الالكتروني يتعين الرجوع إلى هذا المحرر لفض النزاع ونظرا لاعتراف التشريع بالحجية والقوة الثبوتية للمحررات الالكترونية، وذلك بموجب نصوص قانونية سواء وردت في الإحكام المتعلقة بالإثبات أو بموجب نصوص خاصة أصبح لازما على القضاء الاستعانة بهذه المحررات واعتمادها كأدلة إثبات لفض الخصومات المعروضة عليه حتى وان كانت هذه الأدلة تتنوع بين المحررات الالكترونية والمحررات العادية التقليدية غير أن الطبيعة الخاصة للمحررات الالكترونية المميزة لها عن المحررات التقليدية فإنه يجب أن ترد في المحررات الالكترونية شروطا خاصة لمنحها القيمة الثبوتية ولإضفاء الحجية عليها، هذه الشروط تتوقف عليها حجية المحررات الالكترونية عدما ووجودا، ونظرا لكون القانون يتطلب شكليات معينة في بعض التصرفات فإن هذه التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني استثنت هذه التصرفات من الاعتداد فيها بالإثبات الالكتروني ولدراسة حجية المحررات الالكترونية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : حجية المحررات الالكترونية في التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني.

المطلب الثاني: الاستثناءات على الإثبات الالكتروني.

المطلب الأول

حجية المحررات الالكترونية في التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني

إن الاعتراف التشريعي بالكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية رتب ظهور مفاهيم مغايرة عن تلك التي استقر عليها الفقه والقضاء فيما يتعلق بمفهوم الكتابة والدعامة التي تحمل الكتابة وهو ما يظهر جليا في تعديل القانون المدني الجزائري الذي جاء به القانون رقم 10/05 وبهذا التعديل لم تعد الكتابة الخطية بصورتها التقليدية الوسيلة الوحيدة في الإثبات بل أصبح أيضا يعتد بالكتابة التي تكون على دعامات غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة واستعادتها عند الحاجة.

والمشرع الجزائري أورد بالمادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة على أنها << ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معني مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها>>.

إذن حسب هذا النص فالمقصود بالكتابة الالكترونية الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم المكتوب على دعامة الكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ويفهم كذلك من نص المادة 323 مكرر أن المشرع الجزائري يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن كما نص أيضا التشريع الفرنسي في المادة 3/1316 على أنه: <<للكتابة على دعامة الكترونية ذات القوة في الإثبات للكتابة على دعامة ورقية>> ولدراسة حجية المحررات الالكترونية في التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني استوجب الأمر التطرق إلى المحرر الالكتروني باعتباره من

المفاهيم المستحدثة من جهة ومن جهة تعدد التسميات بتعدد التشريعات وهذا لإزالة كل لبس أو خلط في المفاهيم والمصطلحات المترادفة للمحرر الالكتروني وقسمت هذا المطلب إلى أربعة فروع.

الفرع الأول : تعريف المحرر الالكتروني.

الفرع الثاني : النصوص القانونية التي ساوت بين المحررات الالكترونية والتقليدية.

الفرع الثالث : القرينة المفترضة للمحررات الالكترونية.

الفرع الرابع: حجية النسخة المسحوبة عن المحرر الالكتروني.

الفرع الأول

تعريف المحرر الالكتروني

لقد حضي تعريف المحررات الالكترونية باهتمام تشريعيا وفقهيا حيث عرفها قانون الأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية في مادته الثانية (أ) بقولها << ... يراد بمصطلح " رسالة بيانات " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي >>[1] كما عرف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية المحرر الالكتروني في مادته الثانية (ج) بقولها << " رسالة بيانات " تعني معلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر. التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو

[1] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص 340.

البرق أو التلكس أو النسخ البرقي >>[1].

ما يلاحظ على التعريفين الذي جاء بهما قانون الأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية هو تعريف واحد سواء من حيث المعني أو المصطلحات المستعملة في صياغة النصين القانونيين ومرد هذا إلى المحافظة على انسجام النصوص القانونية إن ظهور الكتابة الالكترونية إلى جانب الكتابة التقليدية واهتمام الفقه والقضاء بها واعتبارها وسيلة إثبات خاصة وان الدليل الكتابي يحتل المرتبة الأولى من بين وسائل الإثبات وهو الأكثر شيوعا ورواجا لما يوفره من سهولة إثبات المعاملات والتصرفات المبرمة[2]، فقد تم التطرق إلى الكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية على المستوى الدولي وذلك بموجب اتفاقيات دولية من أجل تمكين الدول من تطوير تشريعاتها وتضمين هذا النمط من الكتابة ضمن الأحكام، والقواعد الخاصة بالإثبات فمثلا اتفاقية نيويورك لسنة 1972 الخاصة بالتقادم في البيوع الدولية تعرضت لمصطلح الكتابة الذي يتسع ليشمل كل أنواع المراسلات الموجهة في شكل برقيات أو تلكس وهذا بحسب ما جاءت به المادة التاسعة من الاتفاقية.

كما تعرضت أيضا اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 الخاصة بالنقل الدولي للبضائع والموقع عليها بفينا في المادة 13 منها إلى صور الكتابة واعتبرت أن مصطلح الكتابة يشمل المراسلات المتبادلة بين رعايا الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية والتي تكون في شكل تلكس أو برقية وهذا اعتراف بالكتابة الالكترونية مهما كانت وسيلة الإرسال كما تطرقت أيضا اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في إبرام واثبات العقود الدولية لعام 2005 ونصت في المادة 214 على أنه << الخطاب

[1] الدكتور عبد الفتاح ،مراد المرجع السابق ،ص 55.

[2] Ray mond Alexander, la signature électronique une hinstoire fondamentale du droit de la prouve. presses universitaires D.A.X.Marseille.2002 p158.

الالكتروني يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل البيانات>>، وعرفت المادة 4/4 المقصود برسائل البيانات بأنها جميع المعلومات المرسلة أو المتلقات أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الالكتروني بين الأطراف عن طريق البرق أو الفاكس أو البريد الالكتروني>>[1] أما على الصعيد الإقليمي فقد أصدر البرلمان الأوربي توجيها في 1999/12/13 بشأن التوقيع الالكتروني يلزم الدول المصادقة على تنفيذ قواعده ثم صدر التوجيه الأوربي رقم 13/2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية ونص في المادة التاسعة منه على ضرورة الاعتراف بإمكانية إبرام العقود بالوسائل الالكترونية من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية كما طالب التوجيه الأوربي كذلك الدول الأعضاء بإزالة كل المعوقات وتكييف تشريعاته لتستوجب هذا النوع الجديد من التعاقدات الالكترونية [2] أما بخصوص موقف التشريع الجزائري من المحررات الالكترونية فكما سبق في تمهيد هذا المطلب أن التشريع الجزائري اعترف بالمحررات الالكترونية والكتابة الالكترونية وذلك بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وبموجب هذا التعديل أصبح للكتابة في الشكل الالكتروني والتوقيع الالكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات فقد نصت المادة 323 مكرر 1 على الآتي : << يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورق.... >> ونصت المادة 327 /2 من القانون المدني الجزائري على أنه <<يعتد بالتوقيع الالكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 >> إن تبني التشريع الجزائري للمحررات الالكترونية وإقرار لها الحجية والقوة الثبوتية يعتبر بمثابة ارتقاء تشريعي بقواعد الأدلة الالكترونية إلى مستوى القواعد العامة للإثبات خاصة وأن المادة 323 مكرر 1 جاءت مقرة ومكرسة لمبدأ التكافؤ الوظيفي في الإثبات بين الكتابة

[1] اعطا عبد العاطي السنباطي ، الإثبات في العقود الالكترونية ، دار النهضة العربية القاهرة،2012، ص215.

[2] محمد مأمون أحمد سليمان ، التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية رسالة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق جامعة عين شمس السنة الجامعية 2009، ص 171-172.

على دعامة ورقية موقعة بخط اليد وبين الكتابة على دعامة غير ورقية موقعة رقميا كما اعترف المشرع الجزائري بالمحررات الالكترونية بطريقة غير مباشرة في القانون رقم 02/05 الصادر بتاريخ 2005/02/06 المعدل والمتمم للقانون التجاري بحيث أجاز طبقا لأحكام المادة 414 الفقرة الأخيرة بأنه << يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما >> كما نصت أيضا المادة 502 << يعد التقديم المادي للشيك إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديم الوفاء يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما>>[1] كما نص المشرع الجزائري كذلك على وسائل الإثبات الالكتروني في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 2015/09/16 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والذي تبنى أسلوب التعاقد الالكتروني في مجال الصفقات عبر وسائل الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية فقد نصت المادة 203 : على أنه " تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية ، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ...

يحدد محتوى البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية " .

كما نصت المادة 204 على أنه : " تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية حسب جدول زمني يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية ، يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوى للمنافسة بالطريقة الالكترونية حسب الجدول الزمني المذكور سابقا...

[1] الجريدة الرسمية رقم 11 المؤرخة في 30 ذو الحجة عام 1425 الموافق 2005/02/09

تحدد كيفيات تطبيق احكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية "[1].

أما بخصوص التشريع المصري فقد اعترف في البداية بالشكل الجديد للكتابة في قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 فنصت المادة 12 منه: << ..... ويكون إنفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما يتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة >>[2]

كما نص أيضا المشرع المصري في القانون رقم 2004/15 الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني على تعريف المحرر الالكتروني وذلك في نص المادة 1/ب بقولها بأنه: <<رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة>> [3]

يتبين من خلال نص المادة السالفة الذكر أن المشرع المصري لم يفرق بين الكتابة والمحرر هذا الأخير يتطلب وجود توقيع وكتابة وهما شرطان أساسيان للقول بحجية المحرر الالكتروني في الإثبات.

أما التشريع الأردني فقد اعترف بالكتابة الالكترونية بموجب القانون رقم 37 لسنة 2001 المعدل لقانون البيانات مضيفا فقرة جديدة لأحكام المادة 13 تنص على مخرجات الحاسب الآلي المصدقة أو الموقعة والمشرع الأردني لم يكتف بالتعديل المذكور و إنما أصدر قانونا جديدا وهو قانون المعاملات الالكترونية رقم 2001/85 ونص في أحكام المادة 2 منه على رسالة المعلومات وعرفها بأنها << المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل

1 مرسوم الرئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 2015/09/16 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر عدد 50 بتاريخ 2015/09/20 .

[2] محمد مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق، ص 28.

[3] عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق ، ص 162.

البيانات الالكترونية أو البرق أو التلكس أو النسخ الضوئي >>[1]

أما تشريع الإمارات العربية المتحدة فقد نصت المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية لإمارة دبي رقم 2002/02 الصادر بتاريخ 2002/02/12 على المحرر الالكتروني وأطلقت عليه تسمية الرسالة الالكترونية وعرفتها بأنها <<معلومات الكترونية ترسل أو تسلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه >>.

أما التشريع الفرنسي فقد جاء بتعريف عام للدليل الكتابي دون إعطاء تعريف خاص بالمحرر الالكتروني ولم يساير التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني لأن هذه التشريعات أطلقت مسميات مختلفة على المحرر الالكتروني إلا أنها تتفق جميعا حول تعريف المحرر الالكتروني بأنه مجموعة البيانات التي تنشأ وتدمج وتخزن وترسل وتستقبل بطريقة الكترونية والمشرع الفرنسي عند تعريفه للدليل الكتابي أدرج مصطلحات لغوية واسعة تستوعب المحررات بشكلها التقليدي والالكتروني فبموجب القانون رقم 525/80 المتعلق بوسائل الإثبات واستجابة من المشرع الفرنسي لمتطلبات التعامل بوسائل الاتصال الحديثة تبنى مفهوما جديدا معتبرا المحررات الالكترونية دليلا كتابيا فبمقتضى المادة 1/1316 اشترط أن تكون الرموز أو الأرقام أو العلامات على وضع يسمح ويتيح قراءتها بمعنى أن تكون مكونات الكتابة ذات دلالة تعبيرية مفهومة كما عرفت أيضا هذه المادة الدليل الكتابي بأنه <<الدليل الكتابي أو الدليل المكتوب يستنتج من النصوص أو الأحرف أو الأرقام أو كافة العلامات الأخرى أو الرموز التي لها مغزى واضح أيا كانت دعامتها وطرق نقلها>> وفقا للتعريفات التي سبق التطرق إليها يمكن القول بأن المحرر الالكتروني قد ينشأ بطريقة غير الكترونية وينتهي بوصفه محررا الكترونيا فالمحرر قد يكون على دعامة ورقية ثم يجرى إدخالها إلى الحاسب الآلي عن

[1] يقصد بالمعلومات البيانات والنصوص والصور والإشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك.

طريق عملية أو تقنية المسح الضوئي ثم يرسل عن طريق شبكة الانترنت ويخزن على قاعدة بيانات الحاسب الآلي للمرسل إليه أو ينسخ على شريط ممغنط أو قرص أو يرسل بالفاكس وهذا هو المراد من مصطلح أو تعبير بواسطة الوسائل الالكترونية أو التي بحكمها والتي نصت عليها التعريفات[1] أما السجل الالكتروني فهو السجل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله أو تخزينه أو استلامه بوسائل الكترونية هذا السجل يشبه السجل الورقي الذي يقيد ويحفظ بواسطته الأشخاص تصرفاتهم اليومية كأن يحتفظ التاجر بسجل الكتروني على حاسبه الآلي يقيد فيه المعاملات اليومية بدلا من مسك أو استخدام السجلات الورقية[2].

ومنه فإنه يمكن الاحتفاظ بالمحررات الالكترونية ضمن السجل الالكتروني وهذا ما أكدته المادة 11 من قانون المعاملات الالكترونية بقولها << إذا استوجب تشريع الاحتفاظ بمستند لغايات التوثيق أو الإثبات أو التدقيق أو أي غرض مماثل يجوز الاحتفاظ بالسجل الالكتروني لهذه الغاية.... >>

ومنه فأينما يذكر السجل الالكتروني يشمل معه المحرر الالكتروني هذا الأخير يعتبر جزء لا يتجزأ من السجل الالكتروني ويتجلى هذا الأمر من قانون التجارة الالكترونية البحريني الذي لم يفصل في نصوصه بين المحرر الالكتروني والسجل الالكتروني فقد أكدت المادة 6 منه على أن << للسجلات الالكترونية ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحررات العرفية >> بمعنى أن القانون البحريني أقر بمبدأ التكافؤ بين السجل

[1] حجازي عبد الفتاح بيومي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى،2005، ص50.

[2] أبو عامود، فادي فلاح رسالة المعومات الالكترونية في القانون الأردني، رسالة ماجستير كلية الحقوق، الجامعة الأردنية ،2004 ، ص14.

الالكتروني والمحرر العرفي من حيث الحجية وقوة الإثبات[1] إن الثورة الحقيقية التي أحدثتها التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني والتوقيع بالوسائط الالكترونية هي مساواة السند الالكتروني بالسند الورقي بمنحه نفس القيمة الثبوتية وذلك استنادا لكونه سندا كتابيا ذا مرتكز رقمي فالكتابة تبقى كتابة أيا كان مرتكزها فمنذ سن هذه القوانين المعترفة بالحجية القانونية (الفعالية القانونية) للمحرر الالكتروني أصبح حقيقة قانونية لا يمكن تجاهلها أو إنكارها أو إنكار أثرها القانوني ولا يمكن كذلك مجرد التشكيك في صحة المحرر الالكتروني أو قوته التنفيذية لمجرد أنه حرر بشكل الكتروني فلم تعد الدعامة التي ترتكز عليها الكتابة حجرة عثرة أمام قبول المحررات الالكترونية في الإثبات متى استوفت الضمانات التي تقدمها الدعامة الورقية[2].

الفرع الثاني

النصوص القانونية التي ساوت بين المحررات الالكترونية والتقليدية

إن جميع المعاملات الالكترونية تتم عبر، وسائط الكترونية ودون استعمال لأية دعامة ورقية، وبذلك أصبحت الكتابة الالكترونية هي السند القانوني الوحيد المتاح لكلا طرفي المعاملات الالكترونية في حالة حدوث منازعة بينهما ومنه فالسؤال المطروح هو مدى حجية المحررات الالكترونية مقارنة بالمحررات التقليدية؟ وهل يمكن الحديث عن المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية إذا كانت هذه الأخيرة تستجيب للشروط القانونية اللازمة؟

بعض الفقهاء يرون أنه لا يمكن المساواة بين المحررات التقليدية والمحررات الالكترونية في الإثبات، والسبب يرجع إلى أن المحرر التقليدي يمكن قراءته بصورة مباشرة، بينما

---

[1] إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص178.

[2] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص101.

المحرر لإلكتروني لا يمكن قراءته إلا عن طريق استعمال جهاز الحاسب الآلي إلا أن هذا الرأي منتقد لأن المحرر الخطي قد يكون في شكل رموز أو صور لا يفهمها إلا أطراف العقد، ورغم ذلك يعتد بها من الناحية القانونية كدليل إثبات.[1]

هذا بالنسبة للفقه غير أنه وبالرجوع إلى التشريعات نجدها ذللت كل الصعوبات وأقرت بمبدأ التكافؤ بين المحرر الورقي الموقع خطيا وبين المحرر الرقمي الموقع الكترونيا من حيث الحجية في الإثبات.

لقد نص قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية على حجية المحررات الالكترونية وقوتها الثبوتية وهذا ما نصت عليه المادة 2/19 بقولها << يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها ولأي عامل آخر يتصل بالأمر >>[2] من خلال النص المذكور يتبين أن النصوص الاسترشادية تمنع رفض المحررات الالكترونية (السندات الالكترونية) تبعا لشكلها في الإثبات، هذا وقد نصت المادة 2/4 من مشروع مجموعة القواعد النموذجية والإرشادات حول التجارة الدولية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية انه <<لا يحق للمتخاصمين المنازعة في صحة الاتفاق المبرم بوسائط الكترونية فقط، لأنه يأخذ شكل الرسالة الالكترونية>> [3]

كما نصت أيضا المادة 9 من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية << ....في

[1] مصطفى أحمد إبراهيم نصر، وسائل إثبات العقود الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2010، ص27.

[2] عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق، ص67.66.

[3] وسيم شفيق الحجار ، المرجع السابق، ص 111.

أية إجراءات قانونية لا يطبق، أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات :

(أ)- لمجرد أنها رسالة بيانات .

(ب)- أو بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه.>>

أما بخصوص التوجيه الأوربي بشأن التجارة الالكترونية الصادر سنة 2000 عن البرلمان الأوربي فقد نص في مادته التاسعة على أن تحرص الدول الأعضاء في تشريعاتها الوطنية على أن لا يشكل النظام القانوني المتعلق بالعقود مانعا أو حائلا من اعتماد العقود الالكترونية ولا يجب تجريد هذه العقود من آثارها ولا تجرد فعاليتها القانونية على أساس أنها منظمة بوسائل الكترونية.

أما بخصوص التشريع الجزائري فإنه وباستقراء أحكام المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني نجدها قد أقرت بمبدأ التعادل الوظيفي بين المحررات في شكل الالكتروني والمحررات التقليدية، من حيث الفعالية، والحجية وصحة الإثبات فقد نصت على أنه <<يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلاماتها>>، ولكن السؤال الذي يطرح ما هو نوع الكتابة التي يمكن معادلتها في حجيتها بالكتابة في الشكل الالكتروني؟ وبمعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية إثباتها بالكتابة في الشكل الالكتروني؟ من باب أن المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري مقابلة لنص المادة 1316 من القانون الفرنسي الخاصة بتعريف الكتابة الواردة في باب إثبات الالتزام وتحديدا في الفصل الأول الخاص بالإثبات

بالكتابة أثار جدلا فقهيا انصب موضوعه عما إذا كانت الكتابة في الشكل الحديث الالكتروني تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية بعض الفقهاء ذهب إلى القول أن الكتابة بالمفهوم الذي جاءت به المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة للمادة 1316 قانون مدني فرنسي وحسب المصطلح التشريعي الوارد بالنصين المذكورين يتسع ليشمل الكتابة في الشكل الرسمي لعمومية تعريف الكتابة كما أن موضعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة يمكن القول بمعادلة الكتابة الالكترونية للكتابة الرسمية في الإثبات.

غير أن هناك فريق آخر أنكر على الكتابة الالكترونية معادلتها للكتابة الرسمية من حيث الحجية والإثبات مؤكد على ضرورة إبقاء التدخل التشريعي في إقرار مبدأ المعادلة في الحجية والإثبات في مجال العقود العرفية، وبالتالي فإن الكتابة الالكترونية لا يمكن لها إلا أن تكون كتابة عرفية لأن المشرع أراد من خلال هذه النصوص حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية حسب الشروط المقررة قانونا في هذا النوع من الكتابة أو المحررات. والمشرع الفرنسي نص في المادة 3/1316 على أن الكتابة على دعامة الكترونية لها نفس القوة في الإثبات المقررة للكتابة على دعامة ورقية وأضاف التشريع الفرنسي شرطين يجب توافرها في المحرر أو المستند الالكتروني حتى تكون له حجية المحرر الورقي هذين الشرطين هما :

- شرط الانتساب : ويعني إمكانية التحقق من نسبة المحرر الالكتروني إلى محرره.
- شرط السلامة: وتعني توفر الوسائل الكفيلة بحفظ بيانات المحرر الالكتروني والحيلولة دون المساس به أو إجراء أي تعديلات يصعب اكتشافها.
- أما المشرع المصري فقد نص بموجب القانون الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني في مادته 15 <<...وللمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية

والإدارية ذات الحجية المقررة للمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارة...>>

يستشف من أحكام المادة 15 المذكورة أن المشرع المصري حسم الخلاف في مسألة المعادلة الوظيفية بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية واعتبرت أن حجية المحرر الالكتروني مساوية لحجية المحرر التقليدي سواء كان هذا المحرر عرفيا أو رسميا وهذا من أجل حسم كل خلاف بموجب نص قانوني وليس ترك الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء كما هو الحال في التشريع الجزائري والفرنسي هذا وقد حددت المادة 08 من اللائحة التنفيذية الضوابط التقنية والفنية التي يجب أن تتوافر لمنشأ الكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية هذه الضوابط المتمثلة في إمكانية تحديد وقت وتاريخ إنشاء المحرر الالكتروني وإمكانية تحديد مصدر إنشائي الكتابة الالكترونية وأخيرا إذا كانت هذه الكتابة أو المحرر محفوظ بشكل آمن يحول دون العبث بهذا المستند الالكتروني ومن بين التشريعات العربية التي أقرت للمحررات الالكترونية حجية معادلة ومساوية للمحررات التقليدية التشريع الأردني الذي أقر حجية المحررات الالكترونية قبل صدور قانون المعاملات الالكترونية المنظم للإثبات الالكتروني فقد جاء في القانون 37 لسنة 2001 المعدل لقانون البيانات نصا أقر به حجية للمحررات الالكترونية تعادل الحجية المقررة للمحررات العرفية فقد نصت المادة 3/13 بعد التعديل على:

أ)- تكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات .

ب)- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما.

ج)- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة، أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث

الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحد باستخراجها.

ورغم الأهمية العملية لهذا النص في الوقت الذي صدر فيه إلا أن هناك مآخذ عليه نظرا للغموض الذي يشوبه وعدم الوضوح لأن المشرع لم يبرز المراد بالمخرجات فهل يقصد بها المخرجات الورقية أو المخرجات الالكترونية كما أن هذا النص القانوني لم يبين حكم المحررات والسجلات المحفوظة على قاعدة بيانات الحاسب الآلي، بالإضافة إلى أن القانون رقم 37 لسنة 2001 لم يميز بين الكتابة الرقمية والكتابة اليدوية فالفاكس مثلا يكتب بخط اليد كما يكتب بآلة الرقن على دعامة ورقية، يدون التلكس أو البريد الالكتروني رقميا وعلى دعامة رقمية مع إشارة إلى أن المشرع الأردني أصدر قانونا خاصا بالإثبات الالكتروني ومن المسائل الجوهرية التي نص عليها هذا القانون المساواة بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية في الإثبات فقد نصت المادة 17 من قانون الإثبات الالكتروني على أنه <<.... الرسالة الالكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات >> يتبين من خلال النص المذكور أن التشريع الأردني اعتبر المحرر الالكتروني والتوقيع الالكتروني ملزمين للأطراف من جهة ومن جهة ثانية الاعتراف بحجيتها القانونية في الإثبات بذات القيمة المقررة قانونا للمستندات الورقية والتوقيع الخطي.

<<يتجلى من خلال النصوص التشريعية التي أقرت مبدأ التكافؤ في الإثبات بين المحرر الورقي الموقع خطيا والمحرر اللاورقي الموقع رقميا أن حجية هذا الأخير لم تعد خاضعة لتقدير القضاء إلا إذا كان هناك تناقض في محتوى هذه المحررات>>[1] لأنه في حالة الاختلاف يتدخل القضاء لاعتماد محرر دون محرر آخر وهذا من صميم عمل

[1] أبو زيد محمد محمد ، المرجع السابق، ص 157.

القضاء ولا يعتبر بأي حال من الأحوال إنقاصا في القيمة الثبوتية للمحرر من خلال دراسة النصوص التشريعية التي ساوت بين المحرر الالكتروني والمحرر التقليدي من حيث الحجية في الإثبات اشترطت ضرورة أن تقدم هذه المحررات الالكترونية نفس الضمانات التي يقدمها المحرر التقليدي المحرر على دعامة ورقية وموقع خطيا هذه الضمانات سوف نتناولها في النقاط الآتية:

أولا- التدليل على شخصية الصادر عنه المحرر الالكتروني بشكل قاطع وجلي

حتى يكون للمحرر الالكتروني القيمة الثبوتية والعمل به كدليل أمام القضاء لا بد أن يكون كاشفا لهوية الشخص الذي صدر عنه [1]هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الالكتروني تختلف عن هوية الشخص الذي له الحق في إنشاء البيانات والتوقيع الالكتروني هذا الأمر يحتم علينا بالضرورة التمييز بين الوسائل التي تكشف هوية صاحب المحرر والوسائل التي تكشف النظام المستعمل في التوقيع .

والفقه يرى في هذه المسألة ضرورة تبني قاعدة الإسناد إلى الفاعل عوضا عن تحديد هوية مصدر المحرر أو المستند الالكتروني لأنه عند استعمال المفتاح الخاص بإبرام العقد الالكتروني تتحدد بشكل مباشر هوية مصدر العقد، كما يمكن أيضا كشف هوية الشخص المراد إسناد العقد إليه من خلال شهادة التصديق الالكتروني بواسطة المفتاح العام[2] الذي يسمح بتحديد هوية الموقع.

وكما سبق القول في تحديد وظائف التوقيع الالكتروني أنه يعتبر الوسيلة النموذجية في تحديد هوية من صدر عنه المحرر الالكتروني هذا الأمر يغني المحرر الالكتروني عن مثل هذه الوظيفة لهذا أعطيت للمحرر الالكتروني الحجية والقوة الثبوتية التي يتمتع

[1] Nataf (ph) lighburn (g) la portant adaptation du droit de la peruve aux technologies de l'information" jcp n°21_22 2000.p837.
[2]La rrieu(j) ." Identification et authentification art. prec.prec.p214.

بها المحرر التقليدي إن المشرع الجزائري في أحكام المادة 323 مكرر <<يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها >> وهذا يعني أن المشرع الجزائري قيد الحجية للمحرر الالكتروني بقدرته على ضمان تحديد هوية الشخص المصدر للمحرر الالكتروني، ومنه فإن الحجية والقوة الثبوتية للمحرر الالكتروني حسب التشريع الجزائري مرتبطة عدما ووجودا بهذه الضمانة.

هذا الأمر كذلك نصت عليه المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي واشترطت لكي يعترف بالحجية والقوة الثبوتية للمحرر الالكتروني التي يتمتع بها المحرر التقليدي أن يكون هذا المحرر قادرا على تحديد هوية من صدر عنه وأهمية ضمانة كشف هوية من صدر عنه المحرر الالكتروني تتجلى في أمرين :

- الأمر الأول : أن المحرر الالكتروني وسيلة تعبير عن الإرادة (إيجابا أو قبولا) في إبرام العقود والتصرفات القانونية، لذلك فإنه من الضروري أن يكون المحرر الالكتروني قادرا على تحديد هوية من صدر عنه الإيجاب والقبول وهنا تبرز أهمية التوقيع الالكتروني الموصوف أو المؤمن كما عبر عنه المشرع الجزائري .
- الأمر الثاني : أن التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني عرفت منشئ المحرر الالكتروني بأنه << الشخص الذي يقوم بنفسه أو بواسطة غيره بإنشاء أو إرسال المحرر الالكتروني >> فقد نصت المادة 2/د من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية على الآتي:

<< موقع يعني شخصا حائزا على بيانات إنشاء توقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله >>[1] وحسب نص المادة 02 الفقرة

[1] وسيم شفيق الحجار ، المرجع السابق، ص359.

" د" من قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية وحسب المادة 2 من القانون الأردني فإنه من الممكن أن يكون الشخص الذي أنشأ المحرر الالكتروني أو الذي أرسله غير الشخص الذي حددت هويته لأن هذا الأخير قد يسند هذا الأمر في إطار الوكالة إلى شخص آخر من أجل إنشاء محرر الكتروني أو إرساله وهو ما يعرف في لغة القانون بالتصرف عن طريق الوكالة هذا الأمر جائز ولا يثير أي إشكال أو جدل من شأنه أن يضعف الحجية المعترف بها للمحرر الالكتروني والمحرر في هذه الحالة ينسب إلى الشخص الذي ظهرت هويته.

ثانيا– أن تكون الكتابة الالكترونية مقروءة (قراءة بيانات المحرر الالكتروني)

يراد بهذه الضمانة أن تكون الكتابة مفهومة، ومدونة بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بالسند أو المحرر الالكتروني إذا كانت الكتابة الورقية لا تفرض استخدام لغة معينة أو الكتابة بخط صاحبها باستثناء التوقيع فإن الكتابة الالكترونية لا يمكن قراءتها بشكل مباشر ولا يفهم مضمونها إلا بالاستعانة بالحاسب الآلي الذي يتم تزويده وتغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان [1] وحروف هذه اللغة تتكون من توافق وتبادل بين رقمي الصفر والواحد وبالرغم من أن السندات الالكترونية لا تقرأ بصورة مباشرة وإنما تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسب الآلي لأن هذه الكتابة قد تكون في شكل <<أحرف أو رموز أو أرقام أو إشارات وما شابه ذلك >>

كذلك أن الدعامة التي تثبت عليها هذه الكتابة قد تكون بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو مغناطيسي ومنه فإن هذه الكتابة تعتبر مقروءة طالما أن اللغة الظاهرة على شاشة الحاسب الآلي هي لغة مفهومة لأطراف العقد والمشرع الفرنسي حسم هذه المسألة

[1] حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق، ص20.

بنص المادة 1316 من القانون المدني على تعريف الكتابة المستخدمة في الإثبات <<بأنها كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي أشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها>> [1].

وهذا التعريف كذلك تبناه التشريع الجزائري بموجب القانون 10/05 المؤرخ في20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني في نص المادة 323 مكرر ومن خلال النصين المذكورين أعلاه فإنه لا يمكن الاعتراف بحجية المستند الالكتروني إلا إذا كان من الممكن إظهار هذا المحتوى بطريقة مقروءة ومفهومة[2].

والثابت من خلال العملية أن الدليل الذي يقدم للقضاء ويكون محررا بطريقة رقمية يجب أن يكون للبيانات التي يتضمنها هذا الدليل معنى مفهوم، وإذا كان الدليل الالكتروني غير ذلك أي أن لغته غير مفهومة ومن العسير الاطلاع على بياناته فإنه لا يمكن قبوله كدليل [3]، لأن الدليل الذي يعتد به كوسيلة إثبات يجب أن يكون واضحا، ومحددا، ومرتبطا بالوقائع، أو التصرفات المتنازع فيها وأن شرط وضوح ومقروئية بيانات المستند الالكتروني مطلب أساسي ألحت عليه التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني للإقرار لها حجية تكافئية لحجية المحررات التقليدية.

ثالثا- عدم قابلية تعديل المحرر الالكتروني (أن تكون الكتابة الالكترونية غير قابلة للتعديل)

من مميزات المحررات التقليدية كشف أي تعديل، أو عبث قد يقع على البيانات الواردة فيه ويكون ذلك بإمعان النظر أو تدقيق أو من خلال الاستعانة بالخبراء غير أن

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص142.

[2] عالي جمال عبد الرحمن محمد. الحجية القانونية للمستندات الالكترونية بدون دار للنشر الطبعة 2004، ص80.

[3] Eric Caprioli (E) Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000_ 230 du 13 mars .JCP. n°2.2000.p6.

المستندات الالكترونية المحررة على دعامات غير ورقية (الكترونية) يسهل فيها إحداث أو أجراء تغيرات في البيانات كلها أو بعضها خاصة، وأن هذه العملية يمكن أن يقوم بها أي شخص له خبرة في معالجة البيانات الالكترونية هذا التعديل قد يكون مسحا لبعض البيانات أو إضافة بيانات على دعامة المحرر الالكتروني دون ترك أي أثر مادي يدل على ذلك، هذا الأمر يعد من الأسباب التي حجمت الثقة في المستندات الالكترونية [1]، ومنه فإن المقصود بهذا الشرط أو الضمانة أن لا يطرأ على الكتابة منذ إنشائها لأول مرة في الشكل النهائي أي تغيير، أو تحوير أو تلاعب بالبيانات التي من شأنه التأثير على المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المتنازع فيها، لذلك نجد أن التشريعات المعاصرة في الإثبات ركزت على المظهر المادي للسندات الكتابية ومنحت للقضاء سلطة تقديرية في تقدير القيمة الثبوتية لسند تصل إلى حد إسقاط قيمته في الإثبات أو الإنقاص من هذه القيمة، فالمستندات الالكترونية قد تتعرض إلى عملية اختراق سواء في مرحلة الإرسال عبر شبكة الانترنت أو أثناء عملية النقل من مكان إلى آخر بالطرق العادية كالبريد مثلا كما يمكن الاستيلاء عليها أو إتلافها أو إحداث تغيرا عليها يفقدها حقيقتها .

هذا الأمر يؤدي إما لاستبعادها كدليل إثبات أو إنقاص من حجيتها [2]، فمثلا إذا كانت الكتابة واضحة وثابتة ولكن القاضي ارتاب في صحتها لورود كشط أو تعديل أو شهد شاهد أمام القضاء بالتزوير فيه وجب على المدعي أن يثبت للقاضي عكس ذلك فيما يخص المحررات التقليدية. أما فيما يخص الكتابة الالكترونية فإن معظم التشريعات الحديثة أخذت بقانون الأونسيترال النموذجي، واشترطت صراحة حفظ الكتابة الالكترونية وديمومتها وإمكانية استرجاعها عند الحاجة، وذلك حتى تتمكن من القيام بالدور المنوط بها في إثبات التصرفات والعقود الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت .

[1] شرف الدين أحمد ، المرجع السابق. ص317.

[2] أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق ص10.

ومنه أصبحت الكتابة الالكترونية المستحدثة القائمة على وسيط الكتروني يمكن أن تحل محل الكتابة التقليدية وتحقق نفس وظيفتها في الإثبات بوصفها دليلا كاملا متى كانت موقعة من أطرافها[1] لأن التطور التكنولوجي استطاع استفاء هذا الشرط وبطريقة تضمن سلامة الكتابة الالكترونية وتدل على مصداقيتها وصلاحيتها لمدة طويلة دون تلف أو تعديل وخلاصة القول فإن حجية المستند الالكتروني واعتباره دليلا كاملا في الإثبات مرتبط بمدى قوته التقنية المستخدمة في تأمين سلامته من العبث ببياناته أو إعادة معالجتها ولتحقيق هذا الشرط أولت التشريعات المعاصرة اهتماما كبيرا مسألة حماية المحرر الالكتروني وسلامته وتأمينه من عملية اختراق الغير لبياناته ومدى التعويل على الآلية أو التقنية التي استعملت في المحافظة على سلامته، لذلك فإن هذه التشريعات وعندما اعترفت بالحجية للمستندات الالكترونية أولت أهمية قصوى للطريقة المستخدمة في تأمين سلامة المستند الالكتروني ومن بين هذه الوسائل المستخدمة آليات التشفير أو إقامة جدران حماية للمواقع الالكترونية [2].

رابعا–استمرارية بيانات المحرر الالكتروني

ويقصد بهذا الشرط أو الضمانة أن يتم التدوين على دعامات تسمح بثبات الكتابة واستمرارها مدة زمنية معينة وهذا الشرط يسري بالنسبة لغالبية الوسائل الحديثة وذلك حتى يتم الرجوع إليها عند الحاجة [3] وهذا الشرط نصت عليه أغلب التشريعات الحديثة لأنه من حق أي طرف في العقد أو التصرف الالكتروني مراجعة بنود هذا المحرر أو تقديمه كدليل إثبات أمام القضاء في حال نشوب نزاع بين أطرافه.

من الخصائص التي يتميز بها المستند التقليدي أنه يثبت البيانات المدونة عليه لفترة

[1] مندي عبد الله محمود حجازي ، المرجع السابق، ص436_ 437.

[2] علي جمال عبد الرحمان محمد ،المرجع السابق، ص73.

[3] أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق، ص1862.

زمنية طويلة متى حفظ بطريقة سليمة ولم يعرض إلى الرطوبة أو عوامل التلف وهذا ما جعل منه وسيلة مقبولة لإقامة الدليل أمام القضاء والسؤال المطروح هل المستند المحرر على الدعامة الالكترونية يستوفي هذا الشرط؟

الجواب هو أن تلك الصعوبات الفنية قد أمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة ووسائل أكثر قدرة وبالتالي يمكن الاحتفاظ بالمعلومات والبيانات لمدة طويلة تفوق قدرة الأوراق العادية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن وقد تتآكل بفعل الرطوبة أو نتيجة سوء الحفظ ومارد الاهتمام بهذا الشرط هو أن الأشكال المختلفة للدعامة الالكترونية كالأقراص الضوئية أو الأقراص الممغنطة أو الأشرطة المغناطيسية أو ذاكرة الحاسوب الآلي.....إلخ سريعة التأثر بالعوامل المحيطة بها والتقنيات المستخدمة في تشغيلها بالإضافة إلى ما يسمى بفيروس الإعلام الآلي والهجومات على المواقع الالكترونية من طرف قراصنة هدفهم اختراق منظومات حماية المواقع الالكترونية وحتى يكون للمحرر أو المستند الالكتروني ذات الحجية المقررة للمستند التقليدي يجب أن تحفظ بيانات المحرر الالكتروني في ظروف وشروط تضمن المحافظة على سلامته وسلامة البيانات المدونة عليه لأن هذه الأخيرة فعلا بحاجة إلى وسيلة فنية أمنة تضمن سلامة البيانات المدونة عليه[1] وأن مدى الحفظ المقصود في هذا المقام هي المدة التي يستوجبها القانون لبقاء المحرر موجودا دون أن تمس بياناته [2]، ومشكلة حفظ المحررات الالكترونية يمكن حلها من خلال إيجاد هيئات أو مؤسسات تسند لها مهمة حفظ المستندات الالكترونية، وذلك من خلال اتفاق طرفي العقد أو التصرف الالكتروني الذي يتم عبر الوسائط الالكترونية أن تحفظ بيانات هذا المحرر التي تم تبادلها لدى أحد المكلفين بخدمة الحفظ، وهذا لمزيد من الثقة والأمان في هذا

[1] شرف الدين أحمد المرجع السابق، ص 317.

[2] Caprioli (E) .le juge et la preuve Electronique. Op . cit .p10.

العقد بمجرد إيداعه لدى المكلف بخدمة الحفظ الذي يقوم بوضع توقيعه الالكتروني على البيانات المدونة على المحرر الالكتروني المحفوظ لديه أو على السجل الالكتروني ويعتبر القائم بخدمة الحفظ مسؤولا جزائيا ومدنيا عن التغييرات التي تلحق ببيانات المحررات الالكترونية المحفوظة لديه أو التغييرات التي قد تمس بالتوقيعات الالكترونية وأن حفظ البيانات وسلامتها وارتباطها بالتوقيع الالكتروني مرتبط أساسا بفعالية المنظومة التقنية التي يستخدمها القائم بمهمة الحفظ وأن المكلف بخدمة الحفظ الالكتروني يتولى إجراءات الحفظ بعد التأكد من هوية الأطراف بفضل شهادة التصديق الالكتروني في سجل الكتروني مخصص لحفظ البيانات والتوقيعات الالكترونية ومن بين الخدمات التي يقدمها المكلف بالحفظ الالكتروني مسألة التاريخ الذي تم فيه العقد فلحظة إبرام العقد تعتبر نقطة الانطلاق بالنسبة لأثاره القانونية ومدة تقادمه خاصة، وأن هذه النقطة قد تختلف مواعيدها في التعاقدات التي تتم عبر شبكة الانترنت إن كل التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني سواء الدولية أو الإقليمية أو الوطنية قد اهتمت بمسألة حفظ بيانات المحررات الالكترونية وسلامتها فقد نص التشريع الجزائري بموجب القانون رقم 05 /10 في 20 يونيو 2005 في أحكام المادة 323 مكرر واحد << ..... وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها>>، كما اشترط التشريع الفرنسي بموجب المادة 1/1316 من القانون المدني أنه لمساواة المحررات الالكترونية بالمحررات التقليدية ضرورة حفظها في ظل شروط تضمن بطبيعتها سلامة بياناتها كما اشترطت هذه التشريعات في عمليات حفظ بيانات المحررات الالكترونية مراعاة الآتي:

- إمكانية الاطلاع على بيانات المحرر الالكتروني واسترجاعها بعد الحفظ.
- أن تتم عملية حفظ بيانات المحرر الالكتروني بالشكل الذي أنشأت وأرسلت واستلمت به.

- الاحتفاظ بالبيانات الدالة على المنشأ المحرر الالكتروني وجهة وصوله ووقت إرساله واستلامه وهذا ما نصت عليه المادة 10 الفقرة "ب"و" ج" من القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية فقد نصت الفقرة "ب" على الآتي: <<الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت>> كما نصت الفقرة "ج" من المادة 10 المذكورة على أنه <<الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها>>[1]، ومتى استوفى المحرر الالكتروني هذا الشرط كانت له ذات المكانة في قواعد الإثبات للمكانة التي يشغلها المحرر التقليدي.

الفرع الثالث

القرينة المفترضة للمحررات الالكترونية

لقد أوردت المادة 1349 من التقنين المدني الفرنسي تعريفا للقرينة بوجه عام حيث قضت بأن <<القرينة هي النتائج التي يستخلصها القانون، أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة>> فهي إذا أدلت غير مباشرة لا ينصب الإثبات فيها مباشرة على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها وهذا ضرب من تحويل الإثبات من محل إلى أخر وعلى ذلك فالقرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فإنها لا تصلح مصدر للاستنباط والقرينة ليست إلا نقل عبء الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها إذا ثبتت اعتبرها ثبوتها دليلا على صحة الواقعة الأولى وبذلك فإن القرينة هي إعفاء استثنائي من عبء الإثبات التي نصت عليه

[1] عبد الفتاح مراد ،المرجع السابق، ص27.

قواعد الإثبات وهي نوعان :

- قرينة قانونية.
- قرينة قضائية.

والواقع أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة من حيث التكييف والتأصيل إلا أنهما تختلفان من حيث مهمة كل منهما فالقرينة القضائية طريق ايجابي من طرق الإثبات أما القرينة القانونية فهي أسلوب إعفاء من الإثبات مؤقت أو دائم بالتبعية لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أو لا تقبل ذلك وإذا كان ذلك كذلك فإن ثمة فروق بين القرائن القضائية وتلك القانونية تتبدى في :

- أن القرائن القضائية أدلة ايجابية أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أي أنها تعفي من تقديم الدليل.
- لما كانت القرائن القضائية يستنبطها القاضي والقرائن القانونية يستنبطها المشرع فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية أما القرائن القانونية فهي مذكورة على سبيل الحصر في نصوص التشريع.
- القرائن القضائية كلها غير قاطعة فهي قابلة دائما لإثبات العكس ويجوز دحضها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن. أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسي.[1]

من أجل ذلك كانت القرينة القضائية كدليل إثبات ليست في منزلة الكتابة فهي أقرب في التساوي مع البينة، ولا يجوز الإثبات بقرينة قضائية إلا حيث يجوز الإثبات بالبينة.

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري العربي الأجنبي المركز القومي للإصدارات القانونية ، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ، سنة 2006، ص 272.

والقرينة القضائية كالبينة حجة متعدية غير ملزمة وهي أيضا كالبينة غير قاطعة إذ هي دائما تقبل إثبات العكس إما بالكتابة أو بالبينة أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك فهي من هذه الناحية كالقرينة القانونية غير القاطعة، والتشريعات الحديثة التي نظمت الإثبات الإلكتروني أقامت قرينة على صحة وسلامة المحررات والمستندات الإلكترونية، ومن بين تلك التشريعات قانون المعاملات الالكترونية الأردني فقد قضت المادة 32/أ على <<ما لم يثبت خلاف ذلك يفترض أن السجل الالكتروني الموثق لم يتم تغييره أو تعديله منذ تاريخ إجراءات توثيقيه>>، وبما أن القرينة التي أقامتها التشريعات مفترضة فإنه يجوز إثبات عكسها فمن يدعى ضده ويحتج عليه بمحرر الكتروني جاز له من الناحية القانونية رد قرينته وصدها بإثبات عكسها كأن يثبت أن المستند الالكتروني لم يصدر عنه، وأنه لم ينيب عليه الغير في إصداره، أو يثبت أن المحرر أرسل عن طريق الخطأ، وكان على المرسل إليه أن يعلم بأن المحرر أرسل إليه بالخطأ، أو أن يقيم الدليل على أن التوقيع الالكتروني الخاص به قد سرق، أو يثبت أن المحرر قد عبث به عند إرساله، وأنه تعرض إلى تغيير، أو تعديل بفعل الغير، أو بفعل التقنية المستعملة في الإرسال[1].

أما بخصوص التوقيع الالكتروني الموصوف وقرينة المحرر الالكتروني فالتشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني، ومن بينها التشريع الجزائري قد ميزت بين نوعين من التوقيع الالكتروني التوقيع الالكتروني الموصوف ونص عليه المشرع الجزائري بموجب القانون 04/15 المؤرخ في : 2015/02/01 في المادة 7 منه وهو التوقيع الالكتروني الذي تتوفر فيه جملة من الشروط المذكورة بذات المادة والتوقيع الالكتروني البسيط نصت عليه المادة 9 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، والثابت أيضا أن التشريعات المنظمة للتوقيع الالكتروني قد أقرت مبدأ التكافؤ الوظيفي بين التوقيع الالكتروني الموصوف والتوقيع التقليدي من حيث الإثبات متى كان التوقيع الالكتروني قد

1 أبو زيد محمد محمد، المرجع السابق، ص 228.

أنشأ باستخدام إحدى وسائل وآليات تأمين التوقيع وصدرت بشأنه شهادة تصديق الكترونية من مؤدي خدمات التصديق، ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها التوقيع الالكتروني الموصوف قد انعكست على حجية المحرر الالكتروني المرتبط به، لذلك فإن كل من يحتج بمستند الكتروني موقع بتوقيع الكتروني موصوف يعفى من إثبات مصداقيته وينقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر الذي ينكر هذا المستند [1].

غير أنه وفي حالة ما إذا كان المستند الالكتروني المحتج به موقع بتوقيع الكتروني بسيط فإنه يكفي من احتج ضده بهذا المستند إنكار إصدار هذا التوقيع، وفي هذه الحالة عبء الإثبات يقع على من يتمسك به، أي إثبات صدور التوقيع الالكتروني من الطرف الذي أنكره [2] ، ومما لاشك فيه أن إضفاء الحجية القانونية على التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية، وقبول الإثبات بالمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات القانونية المدنية والتجارية والإدارية يعكس تطورا في فكر المشرع نفسه في محاولة لإيجاد سند قانوني للمعاملات والتصرفات التي أفرزتها ثورة الاتصالات التي يشهدها العالم، وكذلك التطور المذهل في الاعتماد على الحاسب الآلي، وتقنياته، ومن ثم فلا ملجأ من الاعتماد على الدليل الكتابي الالكتروني أيا كان موضوع المعاملة القانونية مع مراعاة استيفاء شروط صحته المنصوص عليها في قواعد الإثبات المدنية وكذلك في أحكام قانون التوقيع الالكتروني ونظرا لأننا بصدد نصوص قانونية واضحة المعنى والدلالة فلا مجال إذن للاجتهاد.

والنصوص القانونية نصت صراحة على مساواة التوقيع الالكتروني والكتابة والمحررات الالكترونية بالتوقيعات والكتابة والمحررات الخطية التقليدية.

---

1 أبو زيد محمد محمد، المرجع السابق، ص 238.

2 فرج توفيق حسن، المرجع السابق، ص124.

فيكون ذلك هو الحكم القانوني الذي يتعين مراعاته، وتطبيقه، ومؤدى ذلك أن المستند الالكتروني يصلح لأن يكون دليلا كاملا لإثبات المعاملات المدنية والتجارية والإدارية[1].

الفرع الرابع

حجية النسخة المسحوبة عن المحرر الإلكتروني ودور القاضي في الترجيح بين الأدلة الكتابية

بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات الالكتروني سواء تلك التي وردت في قواعد الإثبات في القانون المدني أو النصوص المتعلقة بالتوقيع

الالكتروني لم تبين الحجية القانونية المقررة للنسخة أو الصورة المسحوبة عن أصل المحرر الالكتروني مباشرة، ومادام الأمر كذلك، فإنه يمكن إضفاء الحجية على نسخة المحرر الالكتروني انطلاقا من مبدأين:

المبدأ الأول: هو أن النسخة مطابقة للأصل ولا يوجد أي فارق يميز بين أصل المحرر الالكتروني، والنسخة المسحوبة عليه.

المبدأ الثاني: هو أن أصل المحرر أو المستند الالكتروني موجودا ومحفوظ بطريقة آمنة يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، والنسخة قد أخذت من هذا الأصل بطريق مباشر.

إن المحررات التقليدية قد تكون أوراقا أعدت مقدما للإثبات، وتكون موقعة ممن هي حجة عليه، وقد تكون أوراقا لم تعد مقدما للإثبات، ولكن القانون يجعل لها ثمة حجية فهي أدلة عارضة وغالبية هذه الأوراق لا تكون موقعة ممن هي حجة عليه ولكن الذي يهمنا هي الأوراق المعدة للإثبات، ويشترط لصحة هذه الأوراق المعدة للإثبات توقيع من هي حجة

---

[1] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 162.

عليه فإذا كان العقد ملزم للجانبين وأثبت في ورقة عرفية وجب توقيع طرفي العقد وإذا كان ملزما لجانب واحد كالوديعة وجب توقيع المودع عنده [1]

ويقصد بأصل المحرر التقليدي الورقة التي يوقع عليها من قبل أطراف المعاملة أو العقد عند إنشائها لأول مرة في شكلها النهائي، أما النسخة (الصورة) فهي لا تحمل أصل التوقيعات بل هي منقولة عن الأصل، ولا فرق بين الصورة الخطية، والصورة الضوئية لأن كليهما نقل لنفس بيانات الورقة الأصلية.

رغم أن الصورة هي نقل لبيانات الورقة الأصلية إلا أن هناك من يتحفظ ويميز بين حجية الورقة الأصلية وحجية الصورة، أو النسخة ويرجع السبب في ذلك إلى عدم ضمان سلامة البيانات أثناء نقلها من الأصل إلى النسخة فقد يكون هناك تلاعب بهذه البيانات أثناء النقل، أو التصوير مما يحدث تغييرا وتحريفا بها [2] ، غير أن التطور في مجال تكنولوجيا المعلومات بموجبه أصبح الأصل بالإضافة إلى النسخة التي أنشئت أول مرة على قاعدة بيانات الحاسب الآلي يشمل النسخ المسحوبة عنه على الأشرطة المغناطيسية، أو الأقراص الممغنطة، أو التي أرسلت إلى حاسب آلي آخر حتى المسحوبة على دعامة ورقية [3].

ويري جانب من الفقه أن النسخة الموقعة والمسحوبة عن أصل المحرر الالكتروني، والمرسلة إلى شخص آخر سواء عن طريق الإنترنت، أو بأية وسيلة أخرى تبقى مجرد نسخة من أصل. لأن أصل المحرر الإلكتروني يبقى على قاعدة بيانات الحاسب الآلي، أو على الشريط المغناطيسي أو الأقراص الممغنطة في حالة عدم حفظ هذا المستند

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 151.

[2] نشأت أحمد، المرجع السابق، ص 290.

[3] أبوزيد محمد محمد . المرجع السابق، ص 312.

الالكتروني على قاعدة بيانات الحاسب الآلي، وكل ما يسحب عن هذا الأصل يبقى مجرد صورة أو نسخة عنه، ومفهوم الأصل في الإثبات الالكتروني مقترن بسلامة بيانات المحرر الالكتروني، وليس على دعامته لأنه يمكن المحافظة على وظيفة الأصل وإن تغيرت الدعامة ويمكن المحافظة على سلامة وأمن بيانات المحرر الالكتروني من خلال استخدام أنظمة آمنة تعتمد على تقنية التشفير.

وأن سلامة بيانات المحرر تعد وظيفة مرتبطة بفكرة الأصل لذلك فإن التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني ربطت سلامة المحرر بفكرة الشكل الأصلي للمحررات الالكترونية.

والمشرع الجزائري في نص المادة 4 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع، والتصديق الالكترونيين نص على أنه <<تحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا في شكلها الأصلي ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا عن طريق التنظيم>>.

كما نصت أيضا المادة 8 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية <<الأصل :1 عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي تستوفى رسالة البيانات هذا الشرط إذا :

أ- وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك

ب- كانت المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات >>[1].

يستخلص من أحكام المادة 8 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية

[1] عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 25- 26.

أنه إذا أستوفى المستند أو المحرر الالكتروني الشرطين وهما شرط السلامة وإمكانية عرض المعلومات الواردة في رسالة البيانات على الشخص المقرر أن تقدم إليه أعتبر هذا المحرر أصلا، و إن نسخ على قاعدة بيانات الحاسب الآلي، أو على أي شكل آخر من أشكال الدعامات الالكترونية، ومنه فإن النسخة المسحوبة من المحرر الالكتروني معترف لها بالحجية ذاتها المقررة للنسخة الأصلية، وفي الحالة العكسية إذا كانت بيانات المحرر الالكتروني قد حرفت، وتم العبث بها أو كان من غير المقدور عرضها على الشخص المقرر أن تقدم إليه تفقد النسخة صفتها كأصل وحجيتها في الإثبات، وفي هذه الحالة يفقد المستند الالكتروني حجيته المفترضة، ويبقى على من تمسك به لإثبات سلامة البيانات الواردة به تقديم الدليل على صحة البيانات من خلال الاستعانة بالغير، وهذا ما قضت به المادة 8 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني، بقولها << أ- يستمد السجل الالكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية:

1 – أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.

2- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه، أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.

3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشأه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه.

ب – لا تطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل إرساله وتسلمه.

ج- يجوز للمنشئ أو المرسل إليه إثبات الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة بواسطة الغير>> .

ويقصد بالغير أهل الخبرة والفنيين في مجال تكنولوجيا المعلومات [1].

أما بخصوص المشرع المصري فإنه أتخذ موقفا مغايرا لموقف التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني هذه التشريعات لم تحسم الأمر في حجية النسخة المسحوبة عن أصل المستند الالكتروني في حين أن أحكام المادة 16 من القانون رقم: 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات نصت على الآتي: **<<**الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الالكتروني الرسم، والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية >>.

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري طبق القواعد العامة في الإثبات على حجية النسخة المسحوبة عن أصل المحرر الالكتروني، وقصر هذه الحجية على النسخة المسحوبة من المحرر الإلكتروني الرسمي دون المحرر الالكتروني العرفي، لأن قانون الإثبات المصري لا يعترف بأية حجية للصورة المأخوذة عن المحرر العرفي. مشترطا في ذات الوقت أن تكون الصورة المنسوخة على دعامة ورقية مطابقة لأصل المحرر الالكتروني الرسمي، وتعد الصورة كذلك ما لم ينازع في ذلك أحد الأطراف[2] كما اشترط المشرع المصري كذلك وجود المحرر الالكتروني الرسمي والتوقيع الالكتروني على الدعامة الالكترونية حتى يمكن الرجوع إليها كلما دعت

[1] عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص203.

[2] حجازي عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 426.

الضرورة لذلك. أو في حالة نشوب نزاع وخلاف بين الأطراف[1].

أولا- دور القضاء في حالة التنازع بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق

إن مسألة التنازع بين الأدلة الكتابية لم تكن موضوعا لأي نص قانوني، وذلك لعدم وجود غير تلك المحررات التي ترتكز على دعامات ورقية بمعنى آخر أن مسألة التنازع لم تكن تثار قبل ظهور المحررات الالكترونية وهذا لسبب وحيد هو أن المحررات الرسمية أقوى في الحجية من المحررات العرفية وهذا بنص القانون إلا أن ظهور الوسائط الالكترونية التي يمكن من خلالها إبرام التعاقدات، والتصرفات القانونية، ووجود تشريعات تعترف بعناصر المحررات الالكترونية والتي تعد من قبيل الأدلة الكتابية، ولها نفس الحجية في الإثبات متى كانت تستجيب للشروط القانونية هذه الشروط تتباين من تشريع لآخر، ونظرا لتعدد أشكال الكتابة أصبح من الممكن أن يكون هناك تعارض، وحدوث منازعات بين المحررات الالكترونية، والمحررات التقليدية، فالتوليف الذي تم بين الدعامات الالكترونية والورقية قد ينجر عنه حدوث اختلافات حقيقية، والسؤال الذي يطرح ما هو الحل إذا قدم أحد الخصوم في منازعة قضائية محرر ورقي تقليدي، وقدم الطرف الآخر محرر إلكتروني، وكان المحررين متعارضين أي في حالة التنازع بين الأدلة الكتابية الورقية التقليدية، وبين الكتابة المثبتة على دعامات إلكترونية فبأيهما يأخذ القضاء؟ خاصة وأن دور القاضي في هذه الحالة هو اعتماد دليل على حساب دليل آخر فهل بمسوغ قانوني يعطي الأفضلية لدليل على دليل آخر؟.

---

[1] مبروك ممدوح محمد علي، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية، طبعة 2006، ص32.

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي بالضرورة التعرض إلى المواقف الفقهية من دور القاضي في الإثبات.

ثانيا- موقف الفقه من دور القاضي في الإثبات

ثمة مذاهب تتعلق بموقف القاضي من الإثبات، وتتعلق بحياده، ففي المذهب الحر أو المطلق موقف ايجابي يسعى القاضي فيه نحو توجيه الخصوم لاستكمال ما نقص في الأدلة لإستيضاح الحقيقة.

بينما في المذهب المقيد أو القانوني موقف سلبي إذا يقتصر دوره على استقبال أدلة الإثبات كما هي، وطبقا لعرض الخصوم لها دون أي تدخل من جانبه، حيث يتبع ذلك بتقدير تلك الأدلة طبقا للقيم والقواعد التي حددها القانون، فإذا كان الدليل المقدم له مبهما، أو ناقصا فليس له أن يطلب إكماله، أو توضيحه بل عليه أن يزنه كما هو بالحالة التي عرضها الخصوم[1].

وفي المذهب المختلط يكون موقفه مزيجا بين الايجابية والسلبية، وإن كان يجب أن يكون أقرب إلى الايجابية منه إلى السلبية، فللقاضي الحرية في توجيه الخصوم في استكمال الدليل الناقص، وفي إستضاح ما أبهم من وقائع الدعوى ، ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة، وبتحديد قيم هذه الأدلة فإن هذا التقييد يقابله حرية القاضي في تقدير كل دليل في حدود قيمته القانونية، حتى يستجلي الحقائق واضحة كاملة.

إذن فدور القاضي في الإثبات ينحصر في تلقي الأدلة المقدمة إليه أثناء نظر المنازعة من طرف الخصوم، ولا يجوز له أن يساهم في جمع الأدلة، أو أن يخلق

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص25.

دليلا غير مقدم من أحد الخصوم، وللقاضي سلطة واسعة في تقدير وموازنة الأدلة المقدمة له، وغير ملزم من الناحية القانونية تبيان أسباب مفاضلته وترجيحه لدليل على دليل آخر، ولا يخضع في مسألة تقدير الأدلة إلى رقابة المحكمة العليا باعتبارها من المسائل الموضوعية، وليست من المسائل القانونية التي تبسط عليها المحكمة العليا رقابتها لمعالجة هذه الإشكالية ينبغي بالضرورة البحث عن الحلول القانونية التي أوردتها التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، ولم يعالج إشكالية التنازع بين المحرر التقليدي، والالكتروني إذا حدث وأن عرض على القاضي الجزائري دليلين متناقضين أحدهما محرر على دعامة ورقية والآخر محرر على دعامة الكترونية، ومادام التشريع لم يفصل في هذه المسألة فمرد ذلك أن المشرع ترك هذه المهمة لسلطة القضاء بمعنى أن القاضي له سلطة واسعة في تبني دليلا معين والأخذ به، واستبعاد الدليل الآخر الذي يناقضه، وبذلك يعمل القاضي بالقواعد العامة في الإثبات فيما يخص مسألة الموازنة بين الأدلة. خاصة وأن المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة تقدير الأدلة في موضوع الحيازة المادة 812 قانون مدني بقولها: << ....أو تعادلت سنداتهما كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ >> .

وفي غير هذه الوقائع، أو المسألة لا يوجد أي نص قانوني أشار إلى موازنة الأدلة في حالة التنازع.

أما بخصوص العمل القضائي الميداني فإنه لا توجد قرارات للمحكمة العليا فاصلة في مثل هذه المسائل، والسبب يرجع إلى أن التعاقد الالكتروني مازال في بدايته في المجتمع الجزائري نظرا لتخوفه من هذا النوع من التعاقدات والمعاملات، غير أنه في حالة اتفاق الإطراف على نمط معين في الإثبات، أو اعتماد شكل معين في الكتابة

فإنه في هذه الحالة القاضي يعتمد شكل، أو نمط الكتابة المتفق عليها وهذا طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

أما في القوانين المقارنة وبالتحديد في القانون الفرنسي نجد أن المشرع قد استحدث بموجب القانون رقم:2000/230 الصادر في: 2000/03/30 المعدل للقانون المدني المادة 2/1316 وحسم بموجب هذه المادة موقفه إزاء التعارض بين المحررات التقليدية والالكترونية وأعطى فيها المشرع الفرنسي للقاضي سلطة فض النزاع بين الأدلة سواء كانت الكترونية أو ورقية هذا الأخير هو من يحدد ويرجح الدليل الكتابي الأكثر مصداقية بين المحررات المقدمة إليه أيا كانت دعامته وقضت المادة 2/1316 من القانون المدني الفرنسي << متى لم يكن القانون قد حدد مبادئ أخرى ومع عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف فإن القاضي يسوى منازعات الدليل الكتابي بفعل تحديد الدليل الأقرب إلى الحقيقة بكافة الوسائل ودون النظر إلى الدعامة>>[1] هذه الفقرة استخلصت من مشروع القانون المقدم من جماعة القانون والعدالة ولم يأخذ بها مجلس الدولة إلا أن وزير العدل آنذاك السيدة (Gui Gou) رأت من الضروري الأخذ به بشرط الإضافة هذه الإضافة هي عبارة << دون النظر إلى الدعامة >> وهذا لرفع كل لبس، أو غموض في النص وترجيح القاضي مبني على الأخذ بالدليل الذي يجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال مهما كان شكل الدعامة المثبت عليها، وكذلك الأخذ بالدليل الأكثر مصداقية وهذا ما لم يوجد اتفاق صحيح بين الأطراف أو نص قانوني يمنح الأفضلية والأولوية لمحرر أو كتابة على أخرى [2].

من خلال نص المادة 1316 يتضح وأن المشرع الفرنسي لم يقيد القاضي بوسيلة

[1] Article 1316/2 lorsque la loi n'a pas fixe d'autres principes, et a de faut de convention valable entre les parties Le juge règle Les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens Le plus vraisemblable quel qu'en soi le support.

[2] ثامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 833.

معينة أو معيار محدد للمفاضلة بين الأدلة وإنما ترك كافة الوسائل القانونية لتقييم المحرر الأقرب إلى الحقيقة أو الاحتمال كأن يستعين بأهل الاختصاص والخبرة لتحديد صحة المحرر من حيث دقة البيانات الواردة به [1] لكن هذا الأمر لا يعطي للقاضي الحق في أن يستبعد الدليل الكتابي لمجرد أنه مثبت على دعامة الكترونية أو على أساس أن الكتابة الورقية (الدليل الخطي) تواتر العمل به لأن في ذلك هدم لمبدأ التكافؤ والمساواة بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية من حيث الحجية في الإثبات ويتجلى كذلك من أحكام المادة 1316 قانون المدني الفرنسي أن المشرع أقر بحق الأطراف المتعاقدة في الاتفاق على تقديم دعامة على أخرى في حال وقوع نزاع بينهما لأن الاتفاق بين الأطراف على دليل معين يعطي لهذا الدليل الأولوية ويتعين على القاضي تطبيق هذا الاتفاق، فمثلا قد يتفق الأطراف أثناء إبرام التصرف أو بعده على منح الدعامة الورقية الحجية في الإثبات وإسقاط أية قيمة أو حجية قانونية للدعامة الالكترونية أو العكس فإذا وجد مثل هذا الاتفاق صار الدليل المتفق عليه ملزما للقاضي وهو الوسيلة الوحيدة التي يثبت بها تصرفاتهم.[2] وإذا كان المشرع بموجب هذا النص كرس مرة أخرى مبدأ المساواة القانونية بين الكتابة الالكترونية والتقليدية من خلال عدم تفضيله إحداهما على الأخر عند حصول التنازع وإعطائه السلطة التقديرية للقاضي في الفصل في هذا الأمر، فإن ما يلاحظ هو أن دور القاضي في هذا الإطار يأتي لاحقا بحيث تكون الأولوية للمشرع أولا ولإرادة الأطراف ثانيا في تسوية هذا التنازع وتحديد السند الذي تكون له الأولوية في الإثبات.

وإذا كان احتفاظ المشرع بإمكانية سلب سلطة القاضي التقديرية من خلال التدخل

[1] الحجار وسيم شقيق، المرجع السابق، ص 121.

[2] شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص 325.

بنصوص قانونية تعطي لبعض الأدلة قوة ثبوتية مطلقة (العقد الرسمي مثلا)، وعليه فإذا ما أدلى الأطراف أمام القاضي بأدلة كتابية متناقضة فإنه يتعين عليه أن ستخدم كافة الوسائل للبحث عن الدليل الذي يجعل الحق المدعى به أقرب للاحتمال وفي هذا الإطار يمكن القول بأن الخبرة سيكون لها دور كبير في مساعدة القاضي على ترجيح سند على آخر، إذ يمكن عن طريقها التثبت مما إذا كان الدليل الالكتروني قد استوفى الشروط المطلوبة للوثوق به، إلا أنها لن تكون في أي حال من الأحوال هي سند القاضي الوحيد في البث في تنازع الأدلة لأن صياغة المادة 2/1316 تفيد أن القاضي يقوم بعملية الترجيح بين الأدلة الكتابية آخذا بعين الاعتبار كافة الظروف المحيطة بكل حالة على حدة، إذ ما يهمه أولا وقبل كل شيء الوصول إلى تحديد السند الذي يعتبره الأكثر صدقا واقترابا من الحقيقة [1] ومن بين الوسائل التي يأخذها القاضي بعين الاعتبار عند تقديره لدليل الإثبات الأكثر مصداقية أن يراعي فيه توفره على الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون في دليل الإثبات لأن القانون قد يتطلب الكتابة لصحة التصرف وعليه في حالة التنازع بين المحرر التقليدي والمحرر الالكتروني فإن القاضي يرجح الكتابة التي تستجيب للمتطلبات والشروط القانونية، كما يشترط أيضا أن تكون الكتابة مستوفية للشروط التي تجعل منها دليلا كاملا ومن هذه الشروط أن تكون الكتابة ذات مدلول وأن يكون موقعا من الأطراف لأن التوقيع من الأطراف معناه الرضا وقبول الأطراف للتصرف.

أما في حالة ما إذا عرضت على القاضي محررات إلكترونية متعارضة فإن هذا الأخير يرجح المحرر الالكتروني الأكثر مصداقية، وفي هذه الحالة يكون القاضي ملزما بوسيلة توقيع المحررات الالكترونية فالمحرر الالكتروني الموقع يكون الأقرب

---

[1] Eric Caprioli : le Juge et la preuve électronique , op cit , p11.

إلى الحقيقة والأكثر مصداقية من المحرر الالكتروني غير الموقع أما إذا كانت المحررات الالكترونية موقعة بتوقيعات الكترونية فإن القاضي يرجح المحرر الالكتروني الموقع توقيعا الكترونيا موصوفا على المحرر الالكتروني الموقع توقيعا بسيطا لأن التوقيع الالكتروني الموصوف أو المتقدم كما سمته بعض التشريعات يتم وفقا لشروط، و متطلبات حددها القانون يتحقق بموجبها قدر كبير من الأمان ويكفل سلامة المحرر الالكتروني ويثبت صحة ارتباطه بالمحرر الالكتروني[1] .

إن مسألة التنازع بين وسائل الإثبات كانت موضوع جدل فقهي متباين فهناك من الفقهاء من يري بأنه يجب إعطاء السند الالكتروني قوة ثبوتية أكبر من السند العادي، لأن مخاطر تقليده أصبحت أقل بكثير من السند الورقي وهذا بسبب تطور تقنيات الحماية التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات[2] وفي مقابل هذا الاتجاه عارض تيار فقهي مساواة السند الالكتروني بالسند التقليدي (الورقي) في الحجية والإثبات مبررين ذلك بأن مسألة المساواة بين السندين في الحجية تتطلب فترة زمنية في المفهوم الحقوقي القانوني وفي أذهان الناس وأن مسألة المساواة سابقة لأوانها وهناك أيضا من المعارضين لفكرة المساواة برروا موقفهم على أن موثوقية السند الالكتروني غير مثالية وهي تؤسس للتمييز بين مختلف طبقات المتعاقدين ومنه لا يمكن اعتبار الكتابة الالكترونية مساوية لتلك الورقية لعدم موثوقية السندات الالكترونية، ولإمكانية العبث بالبيانات المدونة بها.[3] ويري البعض الآخر من الفقهاء أنه يجب المحافظة على تراتيب معينة بين السند التقليدي والسند الالكتروني خصوصا عندما يكون السند

[1] أبو زيد محمد محمد، المرجع السابق، ص 260.

[2] Lion et thoumyre, preuve et signature numérique, septembre 99, Internet, sit http://www.juriscom.net//espaces/chojun11.htm.

[3] Cyrille charbonneau, frédéric-jérome pansier. Le droit de la preuve est un totem moderne (le commerce électronique) Gazette du palais, recueil mars-avril 2000. p 594.

الورقي يحتوى على توقيعات أطراف العلاقة [1] غير أن هذا التمييز ليس له ما يبرره ولا يستقيم لأن السند الالكتروني هو الآخر يوقع بتوقيع الكتروني، والتوقيع شرط أساسي لاعتباره سندا عاديا، أو سندا رسميا عندما يرتبط توقيع الأطراف المتعاقدة بتوقيع الموظف الرسمي، وإذا لم يكن السند الالكتروني موقعا أعتبر كما في حالة السند التقليدي مجرد بينة خطية وبالتالي لا يمكن إثبات عكس ما هو وارد بالمحرر الالكتروني إلا بمحرر إلكتروني آخر أو بسند ورقي أو بأدلة تتمتع بقوة ثبوتية موازية حيث يعود للقاضي المفاضلة بينهما تبعا لمصداقيتها.

والقضاء غالبا ما يأخذ بالسند الورقي ويرجحه عن السند الالكتروني لاعتياده عليه من جهة ومن جهة أخرى عدم إلمامه ومعرفته وثقته في التقنيات المستخدمة في الوسائط الالكترونية بالإضافة إلى أن السندات الالكترونية تتميز بخصائص تقنية تختلف اختلافا جذريا عن السندات الورقية فيما يخص وسائل ضمان سلامتها من التحريف والتلاعب ببياناتها.

المطلب الثاني

الاستثناءات على الإثبات الإلكتروني

إن التطور في انجاز المعاملات القانونية المدنية بالتحول من مرحلة المعاملات الورقية إلى مرحلة المعاملات الرقمية يحتاج إلى مناخ قانوني مناسب للتقنيات المستحدثة في تبادل المعلومات وإبرام العقود عبر شبكة المعلومات الدولية لضمان استقرار وعدم ضياع حقوق المتعاقدين أو عرقلة نمو التجارة الرقمية لذلك بدأت الدولة المتقدمة كفرنسا وأمريكا، وانجلترا وبعض الدول العربية مثل الجزائر، الأردن، تونس

[1] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص123.

مصر وغيرها من الدول في تنظيم المعاملات الرقمية من خلال تشريعات مستقلة، أو عن طريق التعديل في نصوص الإثبات التقليدية لمواكبة هذا التقدم وفي وسائل التعاقد المستحدثة وبيان حجية الكتابة الرقمية والتوقيع الرقمي في إثبات التعاقد خاصة وأن أغلب هذه التشريعات ساوت بين نمطي الكتابة المختلفتين في الإثبات هذا الأمر أدى بالبعض إلى الاعتقاد أن مجال تطبيق التوقيع الالكتروني آخذ في الاتساع لأنه أصبح يشمل التصرفات والعقود الملزمة لجانب واحد مثل عقود الكفالة و الاعتراف بالدين وعقود التبرع[1].

ويشمل أيضا التصرفات والعقود الملزمة للطرفين سواء كان موضوعها مادي أو معنوي (التزامات مادية أو التزامات معنوية) ويستنتج ذلك من خلال العبارات ذات المدلول الواسع المستعملة من التشريعات المنظمة لهذا النوع من الإثبات أو التعامل[2] فهي تشمل جميع التصرفات والمعاملات سواء مدنية أو تجارية أو إدارية مع الملاحظة أن موقف أغلب التشريعات المقارنة حول المعاملات التي لا يقبل في إبرامها استخدام التوقيع الالكتروني جاء موحدا بحيث عمدت إلى إخراج بعض المعاملات القانونية من نطاق تطبيق التوقيع الالكتروني وركزت في ذلك على المعاملات التي يشترط لصحتها الشكلية القانونية أي أنها أخرجت من مجال تطبيقها التصرفات القانونية التي يشترط لانعقادها شكلا معينا وهذا خروجا عن مبدأ الرضائية في التعاقد أو ما يسمى كذلك بمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد.

إذ نجد التوجيه الأوربي الصادر في: 1999/12/13 أخرج من نطاق استعمال التوقيع الالكتروني العقود المنشئة والناقلة للحقوق العقارية باستثناء حقوق الإيجار،

[1] أبو زيد محمد محمد، المرجع السابق، ص 260.

[2] Goutier (p) "De l'écrit Electronique et des signature qui s'y Attachent " JCP cd.EY Aout 2000. N°31-34.p.1274.

وأخرج كذلك من نطاق استعمال التوقيع الالكتروني العقود التي تتطلب تدخل المحاكم والسلطات العامة وعقود الكفالة والعقود التي ينظمها قانون الأسرة مثل الميراث – الوصية الهبة – الطلاق ...الخ كما أن المشرع في فرنسا ومصر والأردن والجزائر يشترط في بعض التصرفات القانونية الشكلية في الانعقاد. بمعني أن الكتابة تعد ركنا في العقد (الركن الشكلي) يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد أو التصرف[1] ومثال ذلك ما نصت عليه أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بقولها << زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أوكل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد >> من خلال نص المادة المذكورة أعلاه يتعين التمييز بين الكتابة المطلوبة لإثبات التصرف والكتابة المطلوبة كشرط لصحة انعقاده فقد يستلزم القانون شكلا خاصا يفرغ فيه التعبير عن الإرادة كالكتابة الرسمية اللازمة في عقد الهبة أو عقد الرهن الرسمي أو في البيوع والتصرفات العقارية ففي هذه الحالات تكون الكتابة لازمة للانعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا لتخلف ركن من أركانه لا يمكن أن يقوم بدونه[2].

وقد يتطلب القانون الكتابة لإثبات التصرف كما في عقد الصلح وعقد تأسيس الشركة المدنية فإذا تخلفت الكتابة فلا أثر لتخلفها على وجود التصرف الذي يكون

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 105.

[2] محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2009، ص140.

صحيحا ويمكن إثباته بما يقوم مقام الكتابة من أدلة، كالإقرار واليمين الحاسمة، ونظرا لكون الرضائية هي الأصل فإذا قام الشك حول مدلول النص الذي يستلزم الكتابة وهل قصد بها أن تكون للانعقاد أم للإثبات وجب اعتبارها متطلبة للإثبات وقد يحدث أن يشترط المتعاقدان في عقد رضائي أن يكون التصرف مكتوبا في ورقة رسمية أو ورقة عرفية فإذا تبين من الاتفاق جعل الكتابة المتفق عليها شرطا للانعقاد ففي هذه الحالة لا يوجد التصرف إلا إذا تم في الشكل المتفق عليه، وإذا تبين من الاتفاق أن الكتابة المشروطة أريد بها الحصول على دليل أقوى في الإثبات فإذا تخلفت الكتابة في تخلفها لا يحول دون وجود التصرف وفي حالة الشك حول تفسير نية المتعاقدين، افترض أن الكتابة مشروطة للإثبات لا للانعقاد وذلك احتكاما للأصل العام وهو رضائية التصرفات والعقود[1]، ومنه فإن مجال العمل بالكتابة الإلكترونية كوسيلة لإثبات التصرفات والمعاملات القانونية لا يتجاوز حدود الحالات المطلوب فيها الكتابة كشرط للإثبات وليس للانعقاد، فعندما لا يسمح القانون إبرام تصرف قانوني بواسطة الكتابة الالكترونية فإن الالتفاف حول هذه القاعدة والخروج عنها لا يفضي إلا لبطلان التصرف. هذا وقد قضت المادة الأولى من التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية على أنه لا يغطي التوجيه الأوربي الصور المختلفة لإبرام وصحة العقود أو الالتزامات الشرعية الأخرى حينما يتناول التشريع الوطني أو الاتحادي متطلبات النظام الشكلي، وهو ذات الأمر الذي انتهى إليه القانون الفرنسي رقم : 2000 – 230.

أما بخصوص التشريعات العربية فإن المشرع الأردني قد وضع قيودا على بعض المعاملات بحيث استثناها من المعاملات التي تتم بالوسائط الإلكترونية والتي ينطبق

---

[1] رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية <<النظرية العامة للإثبات>>، الدار الجامعية بيروت، طبعة 1993، ص 141.

عليها التوقيع الإلكتروني هذه المعاملات المستثناة أوردتها المادة 06 من قانون المعاملات الإلكترونية والتي نصت : <<لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي :

أ- العقود و المستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

1 - إنشاء الوصية وتعديلها

2 - إنشاء الوقف وتعديل شروطه

3 - معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

4 - الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

5 - الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

6 - لوائح الدعاوي والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول>>[1] .

أما في ما يخص المشرع الجزائري فإنه وبالرغم من اعترافه بالتوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات وذلك من خلال ما جاءت به المادة 327 من القانون المدني والتي سبق التطرق إليها إلا أنه لم ينص على أي توضيح في باقي المواد القانونية الواردة في باب الإثبات حول نطاق ومجال استخدام التوقيع الالكتروني وهذا محاولة من المشرع على تكييف النصوص القانونية التقليدية في نظام الإثبات لمواكبة

[1] عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 255 -256.

مستجدات التطور التكنولوجي في مجال المعلوماتية وبروز آليات جديدة للتعاقد بالوسائط الإلكترونية بدليل تداركه للنقص بموجب القانون رقم:04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

أما بخصوص الاستثناءات الواردة على الإثبات الالكتروني منها ما حددتها التشريعات المقارنة وأجمعت عليها ومنها ما ورد بشكل فردي ولدراسة والبحث في هذه الاستثناءات ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: استثناءات الإثبات الالكتروني المجمع عليها في التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: استثناءات الإثبات الالكتروني حسب التشريعات المنظمة له.

الفرع الأول

استثناءات الإثبات الالكتروني المجمع عليها في التشريعات المقارنة

بعدما تطرقنا إلى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات وإقرار بعض التشريعات خاصة تلك المنظمة للإثبات الالكتروني لمبدأ المساواة والمعادلة بين الكتابة الورقية والكتابة على الوسائط الالكترونية، وعرفنا أيضا الكتابة الخطية مسموح بها في إثبات التصرفات القانونية وإبرامها وفقا للشروط القانونية. هذه الشروط تختلف من تشريع لأخر والسؤال الذي يطرح: هل المساواة في الإثبات بين نوعي الكتابة (الخطية والالكترونية) من حيث الوظائف مطلقة أم مقيدة ؟.

الإجابة على هذا السؤال وردت في مواقف التشريعات المقارنة والتي أجمعت على إخراج بعض المعاملات والتصرفات من نطاق المعاملات الالكترونية ومنه فإن هذه الأخيرة لا تصلح كوسيلة إثبات فيها لأنها لا تتماشي معها من حيث المبدأ القانوني أو من حيث طبيعة هذه المعاملات لاتسامها بالخطورة وتطلب الحضور الفعلي لأطرافها ومن بين هذه

المعاملات نذكر :

أولا- المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية

المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية هي تلك المعاملات المنصوص عنها في قانون الأسرة والتي تتعلق بالزواج والطلاق والهبة والوصية وغيرها من المعاملات الأخرى، هذه المعاملات مدنية شخصية تحكمها قواعد قانونية خاصة لا علاقة لها بالتجارة الإلكترونية لذلك فإن تنظيمها عبر الوسائط الالكترونية يفقدها الحجية في الإثبات . هذا الأمر جاء به التوجيه الأوربي الصادر في:1999/12/13 أين استثنى من نطاق التوقيع الالكتروني العقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث. أما القانون الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية لسنة 2000 والذي جاء فيه أن التوقيع الالكتروني لا يطبق في إنشاء وتنفيذ الوصايا وشهادات منح الثقة والأمور المتعلقة بالأسرة مثل الزواج و الطلاق والتبني.

كما نصت أيضا المادة 3 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني على أنه يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق .

ثانيا- التصرفات الواردة على العقارات

وهي الأموال غير المنقولة المتمثلة في المباني والعقارات والحقوق العينية العقارية والعقارات بالتخصيص وعقود الرهن الرسمي وعقود الرهن التأميني لأن هذا النوع من المعاملات اشترط فيه القانون أن تثبت بموجب عقد رسمي، والعقد الرسمي هو ذلك العقد الذي يحرر من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة. فهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها بموجب عقود تتم عبر الوسائط الالكترونية كما يستثنى

أيضا من نطاق العقود الالكترونية الحقوق السلبية على العقارات مثل حقوق الارتفاق (حق المرور – المطل – المروى) وكذلك المعاملات المتعلقة ببيع المحل التجاري أو الوعد ببيع المحل التجاري فقد نصت المادة 79 من القانون التجاري الجزائري على الآتي: <<كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة في رأسمال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا >>.

يستشف من هذا النص أن البيوع المتعلقة بالمحلات التجارية، أو أي تصرف مهما كان نوعه ينصب على محل تجاري وجب إخضاعه للرسمية وإلا كان هذا التصرف باطلا بمعنى آخر أن هذا النوع من المعاملات مستثنى من المعاملات الالكترونية وبالتالي لا يمكن إثبات مثل هذه التصرفات بالكتابة الالكترونية لأن التصرف في حد ذاته يقع باطلا.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الجانب هناك من التشريعات من أجازت إبرام عقود الإيجار عن طريق الوسائط الالكترونية وبذلك تكون هذه المعاملات محلا للإثبات الالكتروني ومن بينها قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي وهذا ما نصت به المادة 1/5/د بقولها << يسري هذا القانون على السجلات والتواقيع الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي:

"....د – المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها ....>>.

نستنتج من أحكام الفقرة (د) المذكورة أعلاه أن عقود الإيجار للأموال غير المنقولة يمكن إبرامها وإثباتها بموجب المحررات الالكترونية بشرط أن لا تزيد مدة هذه العقود

عن عشرة سنوات.

ثالثا– تداول الأوراق المالية

يقصد هنا بالأوراق الأوراق المالية القابلة للتداول عن طريق البيع أو الشراء مثل الأسهم والسندات التي يتم تداولها في البورصات فقد نصت المادة 6 / ب من التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني والتجارة الالكترونية في المملكة الأردنية الهاشمية على أنه << لا تسرى أحكام هذا القانون على ما يلي :

ب– الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذة المفعول >> [1].

هذا وقد نص قانون المعاملات والتجارة الالكترونية بإمارة دبي في مادته 1/5/ج على الآتي:

<<يسري هذا القانون على السجلات والتواقيع الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي :

....

ج– السندات القابلة للتداول >>.

من خلال نصي المادتين المذكورتين نستطيع أن نقول أن سبب استثناء تنظيم هذه الأوراق المالية على الوسائط الالكترونية يرجع إلى كون هذه الأوراق تتضمن قيما مالية وهو الأمر الذي جعلنا نقول في بداية هذا الفرع أن الاستثنائية سببها الخصوصية وأنها

[1] الدكتور . عبد الفتاح مراد . المرجع السابق . ص 256.

معاملات تتعلق بقيم مالية. لذلك يتعين اعتماد الكتابة التقليدية في تداولها [1] .

والملاحظ أن المشرع المصري لم ينص على مثل هذه الاستثناءات في القانون رقم 15 لسنة 2004 ولا في قانون الإثبات ويتضح من هذا أن المشرع يجيز الإثبات بالكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في جميع التصرفات.

أما التشريع الجزائري ورغم إقراره لمبدأ التكافؤ في الإثبات بين المستند الورقي والالكتروني إلا أنه لم يضع استثناءات غير أنه ومادامت بعض النصوص القانونية الواردة في قواعد الإثبات اشترطت شكلية معينة في إبرام المعاملات والتصرفات القانونية فهذا يعنى أن هذه التصرفات مستثناة من نطاق الكتابة الالكترونية أي أن هذه الأخيرة لا تصلح لإبرام هذه العقود والتصرفات بسبب الاشتراط القانوني لنموذج معين من الكتابة وبالتالي فإن الشكل الجديد من الكتابة على دعامة غير ورقية لا يمكن الإثبات به في مثل هذه الحالات والتصرفات.

غير أن التطور السريع في تكنولوجيا المعلومات واتساع رقعة العمل بالمستند الالكتروني ونظرا لما يوفره من جهد وقيمة نوعية في الأمان والسرعة ومادامت التشريعات كذلك أقرت وأخذت بالعمل بالنقود الالكترونية فهذا مؤشر على أن التشريعات المقارنة ستعتمد موقفا مغايرا لموقف الاستثنائية على الإثبات الالكتروني وتحيز العمل بالأوراق المالية الالكترونية.

الفرع الثاني

استثناءات الإثبات الإلكتروني حسب التشريعات المنظمة له

لقد أشارت المادة السادسة من قانون المعاملات الالكترونية الأردني إلى الحالات التي تم

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 133.

استبعادها من تطبيق أحكام الإثبات الالكتروني هذه الحالات تم التطرق إليها في مقدمة المطلب ولا داعي لإعادة ذكرها وقد ورد في المادة 2/09 من التوجيه الأوربي الصادر عام 2000 بشأن التجارة الإلكترونية الحالات المستثناة من نطاق التطبيق وهي حالات مشابهة لما ورد في المادة 6 من قانون المعاملات الأردني.

فالمادة 2/9 من التوجيه الأوربي بشأن التجارة الإلكترونية تنص على الآتي <<لا تطبق الأحكام السابقة على العقود التي تنشأ أو تنقل حقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة وإشهار الطلاق والتبني >>.

أما التشريع الفرنسي لم يورد هذه الاستثناءات في القانون المدني الصادر في : 2000/03/01 غير أنه وبموجب أحكام القانون رقم:2004/575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي فقد قرر بعض الاستثناءات في المادة 1108 هذه الاستثناءات متعلقة بالمحررات العرفية التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث والمحررات المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية ذات الطبيعة المدنية أو التجارية فيما عـدا تلك التي تحــرر بواسطة شخص لأغراض مهنته[1].

في حين التشريع الجزائري والمصري والتونسي لم يتطرقوا إلى هذه الاستثناءات ولا يوجد بين نصوصهم ما يشير إلى هذه المسألة أما النصوص القانونية الواردة في قانون إمارة دبي والسعودية أجازا إمكانية حذف أو تعديل بعض الاستثناءات.

حيث أنه ومادامت هذه النصوص القانونية قد جاءت محددة للتصرفات والمعاملات التي لا يسري عليها قانون المعاملات الإلكترونية فهذا يعني أنه لا يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق كقاعدة عامة على أن يتم إثبات مثل هذه المعاملات عن طريق الوسائل

[1] يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 230.

الالكترونية الحديثة. والمشرع نص على هذه الاستثناءات على سبيل المثال لا الحصر ويمكن حصر هذه الاستثناءات في النقاط الآتية:

- لوائح الدعاوي والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم وهذا ما نصت عليه المادة 6/أ من قانون التوقيع الالكتروني والتجارة الالكترونية والمادة الخامسة من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي.

المعاملات والتصرفات التي يشترط فيها القانون أن تكون محررة في شكل رسمي أو أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل وهذا ما نصت عليه المادة 1/5/هـ من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي بقولها << أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل>> .

عقود الضمان والتأمينات المقدمة من أشخاص يتصرفون لغايات لا تدخل ضمن نشاطهم المهني أو التجاري وهذا أما أكدته المادة 2/9 من التوجيه الأوربي الصادر في : 2000/06/08 من خلال إجازتها للدول الأوروبية الأعضاء استثناء بعض العقود من ميدان الإثبات الالكتروني والتي تتعلق <<.... عقود الضمان والتأمينات المقدمة من أشخاص يتصرفون لغايات لا تدخل ضمن نشاطهم المهني أو التجاري >> [1].

والتشريع أورد هذه الاستثناءات نظرا لأنها تمس حقوق الأفراد بشكل عام ولا تتعلق بعلاقات فردية فمن قام بإنشاء وصية أو إلغائها أو تعديل شروطها وتوفي لا يمكن في جميع الأحوال معرفة مدى صحة توقيع الموصي الالكتروني الوارد على السند الالكتروني وهذا بسبب الوفاة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يمكن استخدام أكثر من نوع من أنواع التوقيع الالكتروني إضافة إلى خطورة مثل هذه المعاملات من الناحية العملية، ونظرا لأهمية هذه المعاملات ومساسها بشريحة واسعة من أفراد المجتمع فقد رأت

[1] وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص 115 – 116.

التشريعات استبعادها من مجال المعاملات الالكترونية وبالتالي عدم قابلية أنشاؤها أو تعديلها باستخدام الوسائل الإلكترونية والجديرة بالملاحظة في مجال الاستثناءات أن التوجيه الأوربي ألزم الدول الأعضاء في هذه الحالة إشعار المفوضية الأوروبية بالفئات المستثناة من العقود من قبلها، وعليها تقديم تقريرا كل خمس سنوات تشرح فيه أسباب الإبقاء على هذه الاستثناءات، مما يرجح أن هذه الاستثناءات يجب أن تكون مسندة إلى أسباب جدية ومقبولة وهذا يعني التوجه نحو الحد منها وتقليصها مع مرور الوقت والملاحظ أيضا أن المادة الأولى من التوجيه الأوربي حول التواقيع الالكترونية استثنت من نطاق تطبيقه الأعمال القانونية الشكلية، منها العقود الرسمية والعقود الشكلية وغيرها من الشكليات ذات الطبيعة غير التعاقدية كالتصاريح الإدارية[1].

أولا- إمكانية وعدم إمكانية تنظيم محررات رسمية على وسائط الكترونية

تنقسم المحررات حسب القواعد العامة في الإثبات الواردة بالتشريعات المقارنة إلى محررات رسمية ويطلق عليها اصطلاح السند الرسمي ومحررات عرفية يطلق عليها اصطلاح السندات العادية.

المحررات الرسمية أو الورقة الرسمية هي التي يشترط فيها القانون أن يتم تحريرها بمعرفة موظف عام مختص وفقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه يثبت فيها ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوي الشأن والورقة الرسمية لا تسقط حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

أما المحررات أو الورقة العرفية هي تلك التي ينظمها الأشخاص فيما بينهم ولا تتطلب أي شرط خاص في تنظيمها والشرط الأوحد والأهم لصحتها هو توقيع المدين عليها طالما كانت معدة للإثبات، أما إذا لم تكن كذلك فلا ضرورة لمثل هذا التوقيع ويكفي لدحض

[1] وسيم شفيق، المرجع السابق، ص 116.

حجيتها إنكار الخط أو التوقيع[1].

ولكن مع التقدم التكنولوجي المتمثل في الثورة المعلوماتية وانتشار أدواتها واتساع نطاق استخدامها وما استتبعه من ظهور شكل جديد للكتابة والمحررات والتوقيع هو الشكل الإلكتروني قد جعل النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات وبصفة خاصة تلك المتعلقة بالكتابة غير متناسبة مع متطلبات التطور التكنولوجي المتسارع والذي أدى إلى تجريد هذه المحررات والمعاملات من دعامتها المادية، وأصبحت التصرفات القانونية تبرم بالوسائط الإلكترونية ووجدت نصوص قانونية منظمة لهذه المحررات من حيث الشكل والإثبات والسؤال الذي يطرح هل يمكن تنظيم محررات رسمية في شكل إلكتروني كما هو ممكن في المحررات العرفية الالكترونية ؟.

وإن التوجيه الأوربي بشأن التجارة الالكترونية وباعتباره قانونا استرشاديا قد استثنى من مجال العمل به الأعمال الصادرة عن كاتب العدل والمهن المشابهة التي تشترط مشاركة مباشرة من السلطة بالإضافة إلى العقود التي يشترط فيها القانون أن تبرم أمام المحاكم أو السلطات العامة أو مهن مرخص بممارستها للسلطة العامة. كما أن التصرفات القانونية الشكلية (التي يشترط فيها القانون شكلا معينا مستثناة التي تبرم بالوسائط الالكترونية وهذا ما قضت به المادة الأولى من التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الإلكترونية. فقد قضت هذه المادة : " لا يغطي التوجيه المسائل المتعلق بإبرام العقود أو بصحة العقود أو أية موجبات قانونية أخرى عند ما تفرض التشريعات الوطنية متطلبات شكلية " .

يتضح من هذا النص أنه لا يمكن العمل بالشكل الالكتروني في مجال المعاملات والعقود التي أخضعتها النصوص القانونية الوطنية إلى شكل معين يجب أن تصب فيه لأن الشكل في هذه الحالة أصبح ركن من أركان العقد وليس وسيلة تعاقد فقط أو إثبات لأن

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 110-111.

تخلفها يعني بطلان العقد بطلانا مطلقا.

أما بخصوص مواقف التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني فقد جاءت متفاوتة ومختلفة إزاء مسألة إمكانية تنظيم محررات رسمية عبر الوسائط الالكترونية من تشريع لأخر فمنها من استبعدت المحررات الرسمية من مجال تطبيقها سلكت أخرى موقفا مغايرا وأجازت تنظيم المحررات الرسمية على الشكل الالكتروني ومن التشريعات التي أنكرت تنظيم المحررات الرسمية عبر الوسائط الالكترونية قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي الذي نص في أحكام المادة 1/5/هـ على أنه (تستثنى من أحكام هذا القانون أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل) بمفهوم المخالفة لهذا النص نستطيع أن نقول أنه يمكن تنظيم المحررات الرسمية عبر الوسائط الالكترونية عندما لا يتطلب القانون توقيعها من كاتب العدل لأن الاستثناء هنا جزئي وليس عام.

أما التشريع البحريني فقد نص في المادة 2/2/ج من قانون التجارة الالكترونية على أنه <<يستثنى من أحكام هذا القانون المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية>>

أما بخصوص أحكام التشريع الأردني فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 6/ب من قانون المعاملات الالكترونية ومقارنتها بما ورد في قانون الأوراق المالية رقم 2002/76 المعدل بعد صدور قانون المعاملات القانونية الأردني رقم 2001/85 في المادة 72/ج منه أجاز إثبات القضايا المتعلقة بالأوراق المالية بالوسائل الالكترونية الحديثة بمختلف أشكالها[1]، وهذا خروجا عن الاستثناءات الواردة بموجب قانون المعاملات الالكترونية ومنه يكون قد أجاز الإثبات بالوسائل الالكترونية في قضايا الأوراق المالية ومرد ذلك إلى أن التعامل بالأوراق المالية يعتبر عملا تجاريا يجوز الإثبات فيه بكل طرق الإثبات.

[1] يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 232 .

والمشرع الأردني عند ما استثنى هذه المعاملات من نطاق تطبيق أحكام الإثبات الالكتروني في بداية الأمر يرجع إلى حداثة التشريع، وتخوف المشرع في ذلك الوقت من إتمام مثل هذه المعاملات الرسمية الكترونيا نظرا للغموض الذي كان يحوم بالمحررات والتوقيع الالكتروني وعدم التحقق من آمان هذه الوسائل.

وهناك أيضا من التشريعات من أقرت تنظيم المحررات الرسمية عبر الوسائط الالكترونية ولا أدل على ذلك هو التشريع الجزائري خاصة عندما أجاز العمل بالوسائط الالكترونية في مجال الأحكام القضائية وتوقيعها من طرف القضاء توقيعا الكترونيا وكذلك إجراءات استخراج صحيفة السوابق العدلية وشهادة الجنسية بواسطة الاعتماد على جهاز الحاسب الآلي وأصبحت هذه الوثائق القضائية من مخرجات الحاسب الآلي، ورغم ذلك احتفظت بحجيتها القانونية الكاملة، وهذا دليلا على اللجوء إلى الوسائل الالكترونية في إجراء بعض المعاملات الرسمية الكترونيا، كإدخال الحاسب في المحاكم والمجالس القضائية، وحفظ وتخزين الأحكام والقرارات على أجهزة الكمبيوتر ضمن شبكة تربط المحاكم الجزائرية بجهاز مركزي على مستوى وزارة العدل.

واستخراج الأحكام والقرارات إلكترونيا من أجهزة الحاسب والكثير من مخرجات الحاسب الآلي لا تفقد حجيتها في الإثبات كسندات رسمية الكترونية بعد توقيعها من الموظف المختص ولها ذات حجية السند الرسمي المكتوب كتابة تقليدية.

ثانيا– التشريعات التي أجازت تنظيم المحررات الرسمية على الوسائط الالكترونية

وفي مقابل التشريعات التي استبعدت تنظيم المحررات الرسمية عبر الوسائط الالكترونية هناك تشريعات سلكت اتجاها مغايرا وأجازت تنظيم المحررات الرسمية عبر وسائط الكترونية، ومن بين هذه التشريعات التشريع الفرنسي الذي أصدر مرسوما عمل رقم: 2005/972 – 2005/973 بشأن تنظيم المحررات الرسمية إلكترونيا استنادا إلى

نص المادة 1317 من القانون المدني .

كما حدد أيضا المرسوم رقم:2000/230 شروط تخزين المحررات الالكترونية الرسمية على وسائط الكترونية في ظروف محددة في المرسوم وحسب الشكل الذي يفرضه القانون فالمشرع الفرنسي أشار إلى عملية حضور الأطراف البعيدة لدى موثق حكومي في المنطقة التي يتواجد فيها ونفس الإجراء بالنسبة للشهود الذين يحضرون لدى موثق في الجهة الموجودين فيها، وعملية التزامن في عرض المحرر الرسمي الكترونيا على جميع الأطراف والشهود، واطلاعهم عليه عبر شاشة الكمبيوتر ويتم توقيع المحرر الرسمي من الأطراف والشهود بحضور الموثق الحكومي في كل جهة ومن ثمة توقيعه من كاتب العدل الالكتروني المختص بتنظيم السند كما نظم أيضا المرسوم حجية الأصل الثاني المعطي للأطراف وآلية الحصول على صورة من المحرر الرسمي.

وهناك من يري بأن التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي لا يتوافق ومجموعة المبادئ الأساسية المطلوبة في تنظيم المحررات الرسمية.

1- مبدأ الحضور الجسدي أمام الموظف العام: الحضور الجسدي يسمح بالتأكد من هوية الأطراف وأهليتهم ورضائهم وهذا ما تفتقد له التصرفات التي تتم عن طريق شبكة الانترنت.

2-توقيع الشهود: تستلزم بعض المحررات لاكتسابها الطابع الرسمي أن يوقع عليها الشهود مع الأطراف المتعاقدة وهي مسألة شرطية قانونية يتعين على الموظف العام مراعاتها عند إبرام التصرف وتحرير المحرر الرسمي [1].

3-توقيع الموظف العام المختص على المحرر الرسمي: عدم وجود التوقيع الخاص

---

[1] فرج توفيق حسن، المرجع السابق، ص 86.

بالموظف العام على المحرر الرسمي يفقده الطابع الرسمي وينزله إلى مرتبة المحرر العرفي ومن المآخذ على التشريع الفرنسي أنه جاء مخالفا للمبادئ التي انتهت إليها التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني وهو أن الكتابة الالكترونية تكون مجال للتصرفات التي لا يشترط فيها القانون الكتابة كركن لانعقاده .

أما الفقه فإنه يكاد يجزم على خطورة تنظيم السند الرسمي الالكتروني إلا أن ذلك ممكنا بدليل ما ورد في التشريع الفرنسي وغيره من التشريعات التي أقرت بتنظيم السند الرسمي الالكتروني هذا الشيء يفرض بيان حدود إنشاء المحرر الرسمي الالكتروني وتأهيل الموثق الحكومي وكاتب العدل الالكتروني للقيام بهذه الوظيفة.

وهذا ما يدفعنا إلى القول بأنه يمكن تنظيم المحرر الرسمي إلكترونيا ومادام هناك توقيعا الكترونيا مؤمنا وموثقا للموقع خاصة في ظل وجود جهات تصديق مرخصة لأن هذا الأمر تنقصه الإرادة، وذلك من خلال سن نصوص قانونية وتنظيمية تحكم وتنظم المحرر الرسمي الالكتروني وآليات حفظه ووسائل نقله ونوع الدعامة التي تحفظ عليها المحررات الرسمية الالكترونية خاصة وأن الكتابة الالكترونية أصبحت حقيقة قانونية لا يمكن في جميع الأحوال تجاوزها أو الإنقاص من أهميتها خاصة وأن التوقيع الالكتروني المشفر يضمن سلامة بيانات المحرر الالكتروني الرسمي من العبث أو التغيير، وما دامت هذه الآليات كفيلة بحماية المحرر الرسمي الالكتروني هذه الحماية كفيلة بتجاوز المآخذ على تنظيم المحرر الرسمي الكترونيا.

الفصــل الثــانــي

حجية التوقيع الالكتروني في ظل القواعد العامة للإثبات

أهيمه الإثبات مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمبدأ الذي يقضي بأن الشخص لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه، ولما كان من المتعين على الأشخاص أن لا ينالوا حقوقهم بأنفسهم، بل عليهم الالتجاء إلى القضاء. كان من اللازم على كل من يلتجأ إلى القاضي أن يقنعه بوجود حقه الذي ينازعه فيه الغير، أو انقضائه، أو نقله، أو تعديله، وبالتالي عليه إقامة الدليل على هذا الحق[1]، والإثبات كقاعدة عامة لا يتم وفقا لهوى هذا الخصم أو ذاك بل طبقا لطرق رسمها القانون وحدد قوة كل طريق في الإثبات.

ومن أهم خصائص الإثبات أنه إثبات قضائي بمعنى أنه لا يكون إلا أمام القضاء سواء كان قضاء الدولة (المحاكم، المجالس القضائية)، أو قضاء أشخاص يختارهم الخصوم في الحالات التي يقر فيها بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات.

والإثبات مقيدا بوجوبية أن يتم وفقا للإجراءات، وبالطرق التي حددها القانون، فلا يمكن للقضاء أن يبت بأحقية شخص من دون دليلا يقدم له، لأن طرق الإثبات هي ما يقيمه الخصم دليلا على إثبات حقه، والقاضي لا يستطيع أن يكون قناعة بغير وسيلة إثبات، أو من غير دليل. كما أن موضوع الإثبات يكون منصبا على الواقعة القانونية المنشئة للأثر القانوني، لهذا السبب ضلت فكرة التوقيع التقليدي هي المسيطرة على الفكر القانوني خاصة في قواعد الإثبات، واعتبر الوسيلة الوحيدة لإقرار صحة المعلومات، والبيانات التي يتضمنها المحرر التقليدي. إلا أن التطور المذهل الذي أحدثته ثورة تكنولوجيا المعلومات أدت إلى ظهور التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، وبموجبها تحول

[1] توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت طبعة 2002، ص9.

المجتمع إلى نظام التعاقد الالكتروني، وحلت المحررات الإلكترونية محل المحررات التقليدية. الأمر الذي أدى إلى صدور تشريعات دولية وإقليمية ووطنية منظمة للمعاملات القانونية التي تتم على الوسائط الالكترونية، وأضفت حجية عليها، وساوت بين عناصر الدليل الالكتروني وبين عناصر الدليل التقليدي.

وقد قام الفقه بمحاولة إيجاد حجية لهذه المحررات الالكترونية (الموقعة الكترونيا)، وذلك من خلال القواعد العامة المنظمة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، وقبول مستخرجات الوسائط الالكترونية كأداة تستخدم في الإثبات، وإخضاعها للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحق له اعتبار المحررات الموقعة الكترونيا أدلة كاملة في الإثبات عند استيفائها للشروط الواجب توفرها في المحرر التقليدي.

والفقه اعتمد على استثناءات الدليل الكتابي لإثبات التصرفات، التي تتم عبر الوسائط الالكترونية سواء أبرمت بحضور الطرفين في مجلس عقد أو عن بعد من خلال شبكة الاتصال (الانترنت)، فهناك من التشريعات الحديثة الخاصة بقواعد الإثبات نصت على بعض الحالات يجوز فيها الإثبات من غير الكتابة، وأتاحت للأفراد اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى كالشهادة، والقرائن لإثبات تصرفاتهم، ومن الاستثناءات التي اعتمدها الفقه على متطلبات الدليل الكتابي لإدراج الأدلة الالكترونية من بينها الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة: -الحالة المتعلقة بالمعاملات المدنية والتجارية التي لا تزيد عن نصيب معين. -ومبدأ الثبوت بالكتابة. -حالة المانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وغيرها من الحالات الواردة بنص القانون.

مع الملاحظة أن التشريعات المتعاقبة، والمتعلقة بتنظيم التوقيع الإلكتروني قد أقرت بحجيته في الإثبات، ومضفية الحجية الكاملة على الوسائل الالكترونية، وبذلك زالت الشكوك حول حجية الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، غير أن هناك من المؤسسات

المالية وبصفة خاصة قطاع البنوك يلجأ إلى إبرام اتفاقيات منظمة لحجية المحررات الرقمية وما يصدر عنها من بيانات، وللبحث في مسألة حجية التوقيع الالكتروني في ضل النصوص العامة المنظمة للإثبات قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة الأطراف في تنظيم حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

المبحث الثاني: الاستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع الالكتروني في الإثبات.

المبحــث الأول

سلطة الأطراف في تنظيم حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

قبل التطرق إلى سلطة الأطراف المتعاقدة (المتعاملة) في تنظيم حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات ينبغي التطرق إلى موقف الفقه والقضاء من الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات.

فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى القول ببطلان الاتفاق بين الخصوم على تعديل قواعد الإثبات، على اعتبار أن طرق الإثبات تتعلق بالدرجة الأولى بالتعرف على أفضل السبل، التي تؤدي إلى تعرف القضاة على الحقائق مجردة، وبالترتيب على ذلك تعتبر القواعد التي تحدد طرق وأساليب الإثبات قواعد تتعلق بالنظام العام، ومن ثمة لا يجوز للخصوم الاتفاق على تعديلها. غير أن موقف القضاء الفرنسي يذهب إلى القول بصحة مثل هذه الاتفاقات الخاصة بشأن قواعد، وطرق الإثبات كغيرها التي تتعلق بعبء الإثبات، وبالواقعة المراد إثباتها، ويتحفظ عن الاتفاقات الخاصة بقواعد لا يختلف أحد في أنها متعلقة بالنظام العام كالقواعد المتعلقة بإثبات الزواج مثلا، ومنه فإن القضاء في فرنسا حكم بصحة الاتفاق الخاص بإثبات براءة ذمة الوكيل بطرق أيسر من تلك التي رسمها

القانون في القواعد العامة للإثبات، وفي القواعد الخاصة بعقد الوكالة.

أما الفقه، والقضاء في مصر، فقد اعتبرا أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، و بذلك فإن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، ويمكن الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها، وقاضي الموضوع له السلطة التقديرية في استخلاص القبول الضمني من سلوك الخصم متى أقام قضاءه على أسباب مقبولة وسائغة، كما قضي بأنه على من يريد التمسك بعدم جوازية الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع شهادة الشهود فإن سكت عن ذلك عد سكوته تنازلا عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون، وحسب ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، رغم أنه توجد قواعد توحي طبيعتها بأنها من النظام العام، كأن تكون الورقة الرسمية حجة على الكافة إلى أن يطعن فيها بالتزوير، وكذا حجية الورقة العرفية على الغير في تاريخها الثابت.

أما بخصوص سلطة الأطراف المتعاقدة عبر الوسائط الالكترونية في تنظيم اتفاقات فيما بينهم لإقرار حجية للدليل الالكتروني فإن الثابت أنه في بداية الأمر، وقبل صدور نصوص تشريعية تنظم الإثبات الالكتروني، وتعترف بعناصر الدليل الالكتروني اهتدت الأطراف المتعاملة عبر الوسائط الالكترونية إلى طريقة إبرام اتفاقات خطية سواء أثناء التعاقد أو بعد التعاقد يقرون من خلالها، ويعترفون بحجية المحرر الالكتروني والتوقيع الالكتروني، وصحة الوسائط المتبعة في إبرام التعاملات الالكترونية، والاعتراف بالقوة الثبوتية لما ينتج عن هذه الوسائط، كما تعترف الأطراف المتعاقدة من خلال هذه الاتفاقات على صحة الأدلة المقدمة على شكل أشرطة مغناطيسية أو ضوئية أو

مخرجات الحاسب الآلي[1]، ونظرا للتطور التكنولوجي في مختلف الميادين، وتطور المعاملات التجارية والتحول من التجارة العادية إلى التجارة الالكترونية، والانتقال من طرق التعاقد التقليدية إلى طرق التعاقد الالكترونية، فأصبح هناك توقيع يتم بوسائط الكترونية حديثة أدى إلى وجوب ترسيخ دور التوقيع الالكتروني في الإثبات، وكذلك منحه الحجية القانونية سواء من خلال قواعد الإثبات العامة أو القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني. رغم وجود نصوص قانونية اعترفت بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات باعتباره دليلا كاملا إلا أن البعض مازال يعزز هذه الحجية من خلال إبرام اتفاقات تجيز لهم الاعتماد على الوسائط الالكترونية ومخرجات الحاسب الآلي لإثبات تصرفاتهم، أو إحلال مبدأ الإثبات الحر في إثبات التصرفات التي يشترط فيها القانون دليلا معينا (مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة)، أو الاتفاق على أية شروط أخرى متعلقة بالإثبات كتسهيل إجراءات الإثبات أو الإعفاء من الإثبات بشرط أن لا تخالف هذه الاتفاقات النظام العام.

إن إبرام مثل هذه الاتفاقات بين الأطراف المتعاقدة يعني خروجا عن القواعد العامة للإثبات وعن التنظيم القانوني للإثبات. هذا الاتفاق يطرح تساؤلا حول إمكانية جوازه وصحته، وهل مخالف لقواعد الإثبات؟ وما هي التحديات التي تواجهه؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: مدى صحة الاتفاق على حجية التوقيع الالكتروني.

المطلب الثاني: التحديات التي تواجه اتفاق الإطراف.

[1] Hocquard (J). Telecope et preuve, informatique et preuve Colloque De 10 Nov 1995, Les Petites Affiches,Nom 65 ,29 Mai 1996,Page 24.

المطلــب الأول

مدى صحة الاتفاق على حجية التوقيع الإلكتروني

إن حجية المستندات الالكترونية، والتوقيع الالكتروني في الإثبات في ضل القواعد التقليدية للإثبات ليست مؤكدة، حتى أن اعتمادها كوسيلة إثبات يحوم حولها الشك، إلا أن انتشار هذه الوسائل الجديدة، واستخدام التوقيع الالكتروني أدى إلى ضرورة العمل والبحث عن القواعد أو بمعنى آخر إيجاد قواعد يمكن من خلالها الاعتراف بحجية المستند الالكتروني والتوقيع الالكتروني في الإثبات، لذلك عمدت الشركات الكبرى، والبنوك إلى تنظيم اتفاقات في هذا الشأن، وعدم ترك موضوعها خاضع للقواعد العامة وذلك بإبرام عقود تنظم موضوع الإثبات، وتعطي الوسائل الالكترونية الحجية، وتعترف بالتوقيع الالكتروني.

إن الوسيلة الأكثر أهمية لإزالة العوائق التي تعترض قبول الإثبات بالمستندات الالكترونية والموقعة إلكترونيا على ضوء القانون تتمثل في اتفاقات الإثبـات هذه الأخيرة يلجأ إليها الأشخاص لإضفاء حجيــة على عناصر الدليل الالكتروني (الكتابة والتوقيع الإلكترونيين)، غير أن هذا الاتفاق بدأت أهميته تتلاشى، وتضعف مع صدور قوانين وتشريعات أقرت بموجب نصوص صريحة على صحة وحجية أدلة الإثبات الالكتروني، ومساواتها بالأدلة التقليدية.

هذا الأمر انعكس بشكل مباشر على النقاش الفقهي حول صحة اتفاق الأطراف على تنظيم حجية للدليل الالكتروني، غير أن وجود هذه التشريعات لم تنه الخلاف حول قانونية الاتفاق في حد ذاته بمعنى آخر هل الاتفاق بين الأطراف المنصب على تحديد الوسائل التي يتم من خلالها إثبات المعاملات المبرمة بينهم يعد من باب الخروج عن

قواعد الإثبات؟

الإجابة على هذا السؤال مرتبطة بالقواعد الموضوعية للإثبات التي يمكن الاتفاق على مخالفتها لعدم تعلقها بالنظام العام، ومدى قبول التوقيع الالكتروني في اتفاقات الإثبات وللبحث في هذا المطلب قسمناه إلى فرعين:

الفرع الأول: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام.

الفرع الثاني: مدى قبول التوقيع الالكتروني في اتفاقات الإثبات.

الفرع الأول

مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

من الثابت أن قواعد الإثبات نوعان قواعد موضوعية، وقواعد شكلية (إجرائية) ومن المتفق عليه أن قواعد الإثبات الإجرائية تتعلق جميعها بالنظام العام لأنها مرتبطة بنظام التقاضي، أما قواعد الإثبات الموضوعية فبعضها يتعلق بالنظام العام كالقواعد المنظمة لسلطة القاضي في الإثبات، أو التي تحكم الضمانات الأساسية في حق الدفاع، أما باقي القواعد الأخرى فهي ليست من النظام العام ولهذا يجوز الاتفاق مقدما على مخالفتها ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، ولا يمكن الدفع بها لأول مرة أمام المحكمة العليا.

يرى الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري أنه (بما أن قواعد الإثبات الموضوعية قواعد تتضمن حقوق فردية ومصالح خاصة، فإنه يجوز الاتفاق على مخالفتها طالما أنها لا تتعلق بالنظام العام بحيث يمكن للأفراد التنازل عنها صراحة أو ضمنا، إلا أنه لا يجب منح هذه القاعدة الصفة المطلقة بالقول بأن كل القواعد الموضوعية لا تتعلق بالنظام

العام، وبالتالي هناك من هذه القواعد ما لا يجب الاتفاق على مخالفتها)[1]، والتشريعات اختلفت في التنصيص على قواعد الإثبات فمنها من أورد جميع قواعد الإثبات سواء كانت شكلية أو موضوعية في قانون المرافعات (الإجراءات) كما هو الشأن في القانون الألماني والقانون اللبناني الذي نص على قواعد الإثبات ضمن أصول المحاكمات المدنية، ومن التشريعات من أفرد قانونا خاصا لقواعد الإثبات مثل القانون الانجليزي[2].

وهناك أنظمة قانونية فصلت قواعد الإثبات الموضوعية عن القواعد الإجرائية فأوردت الأولى ضمن القانون المدني والثانية ضمن قانون الإجراءات أو المرافعات، وهذا الموقف التشريعي جاء ليحسم الخلاف والجدل الفقهي حول مكان قواعد الإثبات إذ ذهبت الغالبية إلى تغليب القواعد الموضوعية ومن ثمة لا يجب وضعها ضمن قانون الإجراءات بل يستقل بها القانون المدني والرأي الفقهي الثاني ذهب إلى ضرورة وضع قواعد الإثبات بنوعيها ضمن قواعد الإجراءات لأنها تتصل بتنظيم وعمل القضاء[3].

المتفق عليه فقها وقانونا هو أن قواعد الإثبات تنقسم إلى قسمين قواعد إجرائية شكلية تتعلق بإجراءات التقاضي، وهي بذلك تتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وقواعد موضوعية إختلف الفقه حول صلتها بالنظام العام فالبعض يعتبرها من النظام العام ولا يجوز مخالفتها مثل الورقة الرسمية التي تعد دليلا قاطعا، وحجية القرائن القانونية فكل اتفاق على مخالفتها يكون باطلا وعديم الأثر القانوني، والبعض الآخر يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية غير متعلقة بالنظام ويجوز الاتفاق على مخالفتها.

---

[1] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، الجزء 1، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة لبنان 1997، ص 58.

[2] توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 10.

[3] محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود الرياض طبعة 1999، ص 116.

قد تنطوي اتفاقيات الأطراف على مخالفة صريحة للنصوص العامة المنظمة للإثبات فمثلا يتم الاتفاق على منح المحررات الموقعة الكترونيا حجية في الإثبات في الحالات التي تشترط فيها قواعد الإثبات الإثبات بالكتابة، وقبول التوقيع الالكتروني ومنحه نفس الأثر للتوقيع التقليدي، هذا الأمر يدفعنا إلى البحث في مدى صحة مثل هذه الاتفاقات المخالفة للقواعد العامة للإثبات وهذا لمعرفة مدى إمكانية قبول التوقيع الالكتروني في مثل هذه الاتفاقات.

أولا- موقف الفقه من تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

لقد انقسم الفقه فيما يتعلق بصحة اتفاقات الإثبات إلى عدة أراء، كما طرح القضاء رأيه كذلك في هذه المسألة.

الرأي الأول: يرى أصحابه أن القواعد الموضوعية والإجرائية للإثبات جميعها تتعلق بالنظام العام لكونها مرتبطة بالنظام القضائي الذي يتخذ أفضل السبل لفض المنازعات وحجتهم في ذلك أن التشريع نظم قواعد الإثبات بغرض حسم المنازعات القضائية التي تثور بين أفراد المجتمع بأنجع السبل واستنادا إلى ذلك اعتبر الخروج عن هذه القواعد فيه مساس بنظام القضاء الذي يعتبر من النظام العام، ويفتح المجال لكثرة المنازعات والإسراف في رفع الدعاوي القضائية أمام المحاكم مستغلين في ذلك الاعتماد على شهادة الشهود، أو التغيير في شهادة الشهود.

هذا الرأي سايره الفقه الفرنسي ولكن بحجة مغايرة مفادها أنه في ظل عدم وجود نص قانوني صريح يحدد الطبيعة القانونية لقواعد الإثبات فإن هذه الأخيرة تعتبر من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق على مخالفة قواعد الإثبات يقع

باطلا[1].

الرأي الثاني :يرى أصحاب هذا الرأي أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام في حدود ما يمس مصلحة أحد الأطراف، ويرى أن القاعدة القانونية التي تقضي بوجوب الكتابة في ما يتجاوز نصاب الشهادة متعلقة بالنظام العام، رغم أن النص القانوني مثلا في التشريع الجزائري وحسب المادة 333 من القانون المدني نصت على أنه : <<في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100,000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك>>.

غير أنه وبالرجوع إلى قانون الإثبات المصري نجد المادة 1/60 منه تنص على أنه : <<في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك>>.

رغم أن نص المادة 1/60 من قانون الإثبات قد أجاز الاتفاق صراحة على مخالفتها إلا أن الفقه اختلف في تفسير أحكامها، واعتبر أن القاعدة التي تقضي بوجوب الكتابة فيما يتجاوز مقدار الشهادة متعلقة بالنظام العام، ويميز بين الاتفاق المعد سلفا للتحلل من وجوب الإثبات بالكتابة واللجوء إلى طرق الإثبات بالبينة وشهادة الشهود، والاتفاق الحاصل بعد نشوب النزاع.

فتنازل المدعى عليه عن حقه في التمسك بقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة في ما جاوز قدر البينة أثناء سير الدعوى يعد صحيحا ونافذا لأنه في إقامة الدعوى تحديدا لموضوعها

[1] عبد السيد تناغو، النظرية العامة للإثبات، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1997، ص 95.

وتعيين الشهود، ويكون الأمر فيها متعلقا بمصلحة المدعى عليه الشخصية من جهة، ومن جهة ثانية يكون الطرف المتنازل على بينة من الأمر يسمح له بتقدير ما يتعرض له من قبول بغير الإثبات بالكتابة مثل تقدير مصداقية الشهود المقدمين في النزاع.

ويري أصحاب هذا الرأي أن التنازل قبل نشوب النزاع ورفع الدعوى أمام القضاء فيه نوعا من المضاربة، وانحراف بقواعد الإثبات مما يؤثر على سير الدعوى وما يؤول إليه لأن كل طرف يقبل بالاتفاق في وقت لا يعلم فيه شيئا عن موضوع النزاع ولا يعرف شهود الخصومة، ولا مقدار الثقة المتوفرة فيهم، وحسب هذا الرأي أن كل اتفاق حول مخالفة قواعد الإثبات يكون باطلا إلا ما تعلق بالتنازل عن وسيلة الإثبات أثناء النزاع، أو بمسألة تحديد من يتحمل عبء الإثبات، أو بالواقعة محل الإثبات مادامت قواعد الإثبات متصلة بالنظام العام[1]، ويري أصحاب هذا الاتجاه أن عبارة (ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك) لا يعنى اعتبار قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي جوازية الاتفاق على مخالفتها والتنازل عنها سواء قبل حدوث النزاع أو أثناء سير الدعوى، والصحيح في هذه العبارة لا يشمل الاتفاق المبرم أثناء إبرام التصرف لأن هذا الفرض نادر الوقوع من الناحية العملية والاتفاق المسبق، إما أن يكون مكتوبا، وفي هذه الحالة يفضل الأطراف تدوين التصرف الأصلي وإما عدم تدوينه فيستحيل إثباته لعدم جوازية إثباته بالشهادة.

الرأي الثالث: موقف أصحاب هذا الرأي من قواعد الإثبات جاء مجانبا للرأيين السابقين وبحسبهم أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، مما يبيح للأفراد الاتفاق على مخالفتها سواء قبل نشوء النزاع أو بعده وحجتهم في ذلك أنه إذا كان للأفراد الحق في التنازل عن حقوقهم ذاتها التي منحها لهم المشرع فمن باب أولى أن يكون لهم الحق في التنازل فيما

[1] عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 96.

يتعلق بقواعد الإثبات الموضوعية، وبالتالي يجوز للأطراف مخالفة حكمها، وهذا احتكاما لنص المادة 01/60 من قانون الإثبات المصري حيث أجازت صراحة للأطراف الاتفاق على مخالفة القاعدة التي توجب الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية التي تتجاوز مبلغا معينا، ويرد أصحاب هذا الرأي على الرأي الأول بالقول أن قواعد الإثبات المتصلة بالنظام القضائي العام تنحصر في القواعد الإجرائية وليس القواعد الموضوعية، ومنه فإن كل اتفاق فيه مخالفة لقواعد الإثبات الموضوعية يعد اتفاقا صحيحا وناجزا، وهو الرأي الراجح فقها.

ثانيا- موقف القضاء من تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

القضاء الفرنسي أيد الرأي القائل بأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام وجاء في إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسية أن قواعد الإثبات لا علاقة لها بالنظام العام، بل تتصل بالمصالح الخاصة للأطراف[1]. كما درجت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها على القول بأن الاتفاق الذي يتناول بالتعديل قواعد الإثبات بالكتابة هو اتفاق صحيح سواء كان اتفاقا صريحا بأن يرد كتابة، أو ضمنيا كسكوت الخصم عن الاعتراض على طلب خصمه الإثبات بالشهادة في واقعة أو موضع لا تكفى فيه الشهادة كوسيلة إثبات، وقد ترتب عن ذلك عدة نتائج من بينها:

- جواز الاتفاق على الإثبات بأية وسيلة من وسائل الإثبات القانونية إلا فيما أشترط فيه القانون الكتابة الرسمية كركن.
- اعتماد التوقيع الالكتروني كوسيلة حديثة في الإثبات دليلا يعتد به في حالة وجود نزاع بين الأطراف المتعاملين به[2].

[1] ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 401.

[2] ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 96.

- أما موقف القضاء في مصر والأردن فقد تواتر في العديد من الأحكام على أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام وأنه يجوز للأشخاص (الأطراف المتعاقدة) الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها صراحة أو ضمنا سواء كان هذا التنازل عند إبرام التعاقد أو بعد نشوب النزاع، فقد جاء في الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية أن قاعدة عدم الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الكتابة غير متعلقة بالنظام العام، ومنه فإن السكوت عن التمسك بذلك قبل البدء في سماع شهادة الشهود يعتبر تنازلا عن الحق في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون.

كما قضي أيضا أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ليست من النظام العام، ولما كان الثابت بالأوراق أن محكمة الاستئناف إذ أجابت المطعون ضده في طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية العقد موضوع النزاع بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة وكانت الطاعنة لم تتمسك أمام القضاء بعدم جوازية إثبات الصورية بغير الكتابة فإنه لا يجوز منها التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض.

أما بخصوص القضاء الأردني فاستقر على أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، وقضت محكمة التمييز بأنه: <<أن القضاء مستقر على القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات كالتي تتعلق بعبء الإثبات وبالواقعة المراد إثباتها ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بالنظام العام كالقواعد المتعلقة بإثبات النسب وبقوة الأوراق الرسمية وغير ذلك>> [1].

وجاء في حكم آخر لمحكمة التمييز بأن: <<الإثبات في الدعوى لا يحمي إلا مصالح

[1] تمييز حقوق رقم: 491 / 1988 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 3-4 لسنة 1989، ص 465.

خاصة للأفراد، ولهم إن شاؤوا أن يتنازلوا عنه وإذا كان للإنسان أن يتنازل عن الحق ذاته تنازلا مطلقا أو مقيدا، فله من باب أولى أن يتنازل عن طريق من طرق إثباته>> [1].

لقد أصبح واضحا من خلال المواقف الفقهية والأحكام القضائية التي تم التطرق إليها أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تعد من النظام العام بحيث يجوز للأطراف مخالفتها إلا تلك القواعد الموضوعية التي يستشف من طبيعتها أنها من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومادام الأمر كذلك فإن اتفاق الأطراف على منح التوقيع الالكتروني الحجية القانونية في الإثبات هو أمر جائز وأن الأسلوب الإتفاقي هو الأسلوب الأفضل الذي يسمح بمنح الحجية القانونية لمختلف الوسائل الحديثة (الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني).

إذن الفقه والقضاء استقرا على جوازية الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات الموضوعية مادامت لا تتعلق بالنظام العام وتحديد الوسيلة التي يجب اللجوء إليها لإثبات التصرف القانوني، ولكن هل يجوز للأطراف المتعاقدة (أطراف الاتفاق) أن تمنح إحدى وسائل الإثبات حجية أقوى من الحجية المقررة لها قانونا؟ وهل هذا الاتفاق جائز من الناحية القانونية؟.

إن حجية وسائل الإثبات من المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا تتعلق حجية وسائل الإثبات التي أقرها المشرع بالمصالح الشخصية للأفراد وإنما مرتبطة بالأداء الوظيفي للقضاء[2]، ومنه فإن اتفاق الأطراف على تحديد القيمة الثبوتية للوسيلة التي اتفقوا عليها يجعل منها قرينة غير قابلة لإثبات العكس وهذا من شأنه أن يعيق عمل القضاء والمصلحة تقتضي أن يقوم القضاء بوظيفته على أحسن ما يرام وبذلك فإن الاتفاق المبرم

[1] تمييز حقوق رقم: 136 / 1994 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 9 – 10 لسنة 1995، ص 2543.
[2] زهرة محمد المرسي، المرجع السابق، ص 174.

بين الأطراف والذي فيه تحديدا لحجية وسيلة الإثبات باطلا لأنه يسلب القاضي سلطته التقديرية في تحديد قيمة الوسيلة المعدة للإثبات، ويقيد حرية القاضي في اختيار الطريقة التي يكون بها قناعته.

إن تحديد حجية وسيلة الإثبات معناه حرمان أحد الأطراف من الحق في إثبات ما يزعمه، أو نفي ما يدعيه الطرف الآخر، وهو مساس بحق الدفاع المتعلق بالنظام العام حتى وإن كان من الجائز الاتفاق على تعديل قاعدة عبء الإثبات، ونقل عبء الإثبات عن الطرف الملزم به قانونا وجعله على عاتق الطرف الآخر ومما لاشك فيه أن إتفاق الأطراف على تحديد حجية وسيلة الإثبات يؤدي إلى حرمان أحد الأطراف من حقه في الإثبات وفيه مساس بالضمانات القانونية في التقاضي، وبالمقابل لا يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد التي تنظم حجية وسائل الإثبات لأن في ذلك مساس بالمبادئ الأساسية لقواعد الإثبات وفيه تقييد لسلطة القاضي في تقدير حجية الأدلة.

الفرع الثـاني

مدى قبول التوقيع الالكتروني في اتفاقات الإثبات

يرى جانب من الفقه أن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام وطالما أجيز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فإنه يجوز لهم إثبات تصرفاتهم بكافة طرق الإثبات سواء كانت تقليدية أو حديثة (بوسائل إلكترونية)، وعليه يمكن إعطاء المحررات الموقعة إلكترونيا نفس الحجية المقررة للمحررات الموقعة بتوقيع تقليدي طالما أدت نفس وظائف الأخيرة.

أولا- قابلية التوقيع الالكتروني في اتفاقات الإثبات قبل صدور تشريعات مقرة بحجيته

إن ظهور التوقيع الإلكتروني واستخدامه في التعاملات التي تتم عبر الوسائط

الالكترونية بشكل لافت للانتباه وفي الوقت الذي لم تكن فيه تشريعات تنظم حجية هذا النوع الحديث من التوقيع في الإثبات، ونظرا لكون القواعد العامة للإثبات غير كافية لاستيعاب التوقيع الإلكتروني لجأت الأطراف المتعاقدة إلكترونيا إلى تنظيم اتفاقات فيما بينهم يعترفون من خلالها بصحة استخدام التوقيع الإلكتروني وإعطائه حجية في الإثبات مساوية لحجية التوقيع الخطي[1].

وطالب الفقه بضرورة إعادة النظر في مفهوم بعض المصطلحات المتعلقة بموضوع الإثبات حتى يتم استيعاب التطور الحاصل في وسائل الاتصال ومحاولة التحرر من الماديات[2].

ونظرا للشك في مخرجات الحاسب الآلي ودورها في الإثبات فإن أطراف المعاملة تلجأ إلى الاتفاق مقدما على مدى الحجية التي تتمتع بها هذه المحررات في الإثبات، وهذه الاتفاقات من قبيل الدليل المسبق[3]، وقد شاع اللجوء إلى الاتفاقات المتعلقة بالإثبات خاصة في مجال علاقات البنوك والمؤسسات المصرفية بعملائها، وبالذات فيما يخص عقود إصدار بطاقات الدفع الالكتروني (بطاقات الائتمان المقترنة بالتوقيع الالكتروني) ولم يقتصر موضوع هذه الاتفاقات على نقل عبء الإثبات، أو وسيلته لكنه تعدى إلى إلزام العميل بالتعامل بمخرجات الحاسب الآلي الخاص بالبنك أو المؤسسة المصرفية على اعتبار أنها صحيحة وسليمة ولا تحتمل جدلا أو نقاشا[4]. بل قد يتعدى أمر هذه الاتفاقات إلى تقرير حجية للتوقيع الالكتروني غير قابلة لإثبات العكس وهي ما تسمى بالحجية الكاملة لهذه المحررات، بمعنى أن يحرم العميل من حقه في إثبات عدم صحة

[1] أبو زيد محمد، مرجع السابق، ص 118.

[2] نجوي أبوهيبة، مرجع السابق، ص 435.

[3] ثروت عبد الحميد، مرجع السابق، ص 402.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع السابق، ص 346.

منظومة بيانات التوقيع الالكتروني لحظة إحداثه، وقد اعتادت البنوك والمؤسسات المصرفية على فرض شروطا في عقود إصدار بطاقات الائتمان أو بطاقات السحب الآلي يتقرر من خلالها إعطاء الحجية الكاملة للتوقيع الالكتروني الذي يصاحب استخدام هذه البطاقات، ومن بين الشروط التي تدرجها البنك في عقود إصدار بطاقات الائتمان إعفاء البنك من عبء إثبات صحة ما تقوم به أجهزة الحاسب الآلي من تسجيلات للعمليات المصرفية التي تتم بواسطة تلك البطاقات[1].

ومن الانتقادات والمآخذ على هذه الاتفاقات ومثيلاتها أنها تتعارض مع المبادئ والأحكام المستقرة في الإثبات من جوانب عديدة فالقاعدة العامة في الإثبات أنه لا يجوز ولا يمكن للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه والبنك هنا صنع دليلا لنفسه عندما ألزم العميل بقبول التعامل ببطاقات الائتمان والاعتراف بحجيتها.

هذا الدليل الذي أصطنعه البنك لنفسه تفوق قيمته في الإثبات قيمة التوقيع التقليدي.

ومن جانب آخر فقد تم نقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه العميل صاحب البطاقة وهو أمر في غاية الخطورة أو حرمان المدعى عليه أصلا من حقه في الدفاع عن نفسه في حالة النص على صحة التسجيلات (المحررات الالكترونية التي قامت بها أجهزة الصرف الآلي وعدم قبول إثبات عكسها الأكثر من ذلك أن هذه الاتفاقات ترمي إلى تحديد حجية الدليل الذي تم إعداده مسبقا وبالتالي تحرم القاضي من سلطته التقديرية ومنح المحررات الموقعة إلكترونيا حجية مساوية لحجية المحررات الرسمية في الإثبات التي لا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق التزوير)[2]، وعلى الرغم من وجود تشريعات أقرت للتوقيع الإلكتروني حجية مساوية لحجية التوقيع التقليدي، إلا أنه لا يوجد ما يمنع

---

[1] ثروت عبد الحميد، مرجع السابق، ص 404.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع السابق، ص 74.

الأشخاص ويحولهم دون اللجوء إلى عقد اتفاقيات، مادامت هذه الأخيرة لا تنطوي على شروط تعسفية ماسة بمصالح أحد الأطراف يعترفون بموجبها إضفاء على التوقيع الالكتروني حجية قانونية قابلة لإثبات العكس. لأن إقرار المشرع بعناصر الدليل الالكتروني (المستند الالكتروني) فيه تعزيز لصحة هذه الاتفاقات، والمعتاد أنه يتم اللجوء إلى مثل هذه الاتفاقات عندما توجد علاقات قانونية دائمة ومستمرة بين الأشخاص التي تتعامل عن طريق الوسائط الالكترونية، ونادرا ما تبرم هذه الاتفاقيات في التعاملات التي تتم لمرة واحدة فقط، وأن هذه الاتفاقات كذلك قليلا ما تبرم في التصرفات التي تتم عبر شبكة الانترنت علما أنه لا يوجد ما يمنع إبرام مثل هذه الاتفاقيات إذا رغب الأطراف في ذلك أو في الحالة التي تكون فيها العلاقة مستمرة [1].

أما بخصوص التطبيقات القضائية في هذه المسألة فقد أقر القضاء الأردني بصحة الاتفاق المبرم بين البنك وعملائه وقد جاء في حكم محكمة التمييز بأن (اتفاق العميل في عقد الائتمان الجاري على أن دفاتر البنك وحساباته تعتبر بينة قاطعة في إثبات المبالغ المستحقة أو التي تستحق عن العميل شرط صحيح ونافذ بحق الفريقين ولا وجه لنقضه بالإرادة المنفردة وذلك لأن وسائل الإثبات من حق الخصوم وليست من النظام العام)[2].

قيمة وأهمية هذا الحكم تتجلي من خلال أنه صدر في وقت لم يكن فيه تشريع أردني ينظم الإثبات الإلكتروني. رغم أن موضوع هذا الحكم انصب على صحة الاتفاق المبرم بين البنك والعميل دون أن يتطرق إلى حجية الوسيلة التي بموجبها أقر بصحة دفاتر البنك وحساباته.

[1] أبو زيد محمد محمد، مرجع السابق، ص 118.

[2] تمييز حقوق رقم: 849 / 1996، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 9 – 1997 ، ص 3501.

ثانيا– قابلية التوقيع الالكتروني في اتفاقات الإثبات بع صدور تشريعات مقرة بحجيته

أما بخصوص التشريعات المنظمة لاتفاقيات الأطراف على تنظيم حجية التوقيع الإلكتروني فإن التشريع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 30 مارس 2001 أورد نصا بموجبه أجاز به للأطراف اللجوء إلى عقد اتفاقيات فيما بينهم للتغلب على مشكلة عدم يقينية الوسائط الإلكترونية، واستنادا إلى نص المادة 2/1316 من القانون المدني الفرنسي فإنه أصبح بإمكان الأطراف الاتفاق على الوسيلة التي يتم بها إثبات التصرف بشرط عدم الاتفاق على حجية هذه الوسيلة فيجوز للأطراف الاتفاق على تقديم التوقيع التقليدي في الإثبات على التوقيع الرقمي أو العكس كما يمكن للأطراف الاتفاق على المدة التي يحتفظ فيها بالمحررات خاصة إذا كانت ذات دعامة إلكترونية ولكن لا يجوز لهم الاتفاق على تحديد القوة الثبوتية للتوقيع أو المحرر.

وخلاصة القول أن اتفاق الأشخاص الذي يحدد للتوقيع الالكتروني حجية صحيحا من الناحية القانونية مادام لم يخالف ما هو متفق عليه في الفكر القانوني، وشريطة أن لا يقر هذا الاتفاق بحجية للتوقيع الإلكتروني لا تقبل إثبات العكس ولهذا يجب التمييز بين الاتفاق الذي يمنح للتوقيع الالكتروني حجية تقبل إثبات العكس (الحجية البسيطة) وبين الاتفاق على إقامة قرينة لا تقبل إثبات العكس وفي مثل هذه الحالة الأخيرة يحكم ببطلان الاتفاق لأنه تم بشكل مخالف للنظام العام، ويمكن القول كذلك بصحة الاتفاقات المتعلقة بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات سواء أبرمت هذه الاتفاقات قبل نشوب النزاع أو لاحقة على نشوب النزاع، وتبقى تتسم بالنسبية ولا يمكن أن تبلغ درجة الإطلاق وخير دليل على ذلك الانتقادات التي وجهت للاتفاقات المتعارضة مع المستقر من المبادئ العامة في الإثبات.

ورغم القول بصحة اتفاقات الإثبات إلا أنه يتعين أن لا تؤدي إلى حرمان أحد الأطراف

من حقه في الإثبات، فالقانون جاء محددا للوسائل التي تمكن الأفراد من إثبات صحة ما يدعونه، وإعطاء الحق في استخدامها مما يؤدي إلى بطلان الشرط الذي يعتبر الوسائل الالكترونية دليلا قاطعا في الإثبات، لأن في ذلك حرمان للطرف الآخر (حامل البطاقة) من إثبات حقوقه بأية وسيلة من الوسائل، كما يفتح مجالا للتلاعب في هذه المستندات الالكترونية من قبل مستخدم الحاسب الآلي (البنك) بعد أن جعل من مستنداته ذات حجية قاطعة.

الأمر الذي يستوجب معه رسم حدودا لاتفاقيات الإثبات في ضل وجود نصوص قانونية حددت الأدلة المقبولة في الإثبات وفقا لطبيعة النزاع فإذا أراد الأطراف المتعاقدة الخروج عن هذه القواعد لجئوا إلى الاتفاق على الإثبات الحر أي الإثبات بكافة الوسائل، وهنا يترك للقاضي سلطة تقدير هذه الوسائل المتفق عليها في الإثبات فيكون قناعته حسب تقديره للأدلة المعروضة بمناسبة النزاع القضائي والاتفاقات في هذه الحالة صحيحة ووسائل الإثبات المتفق عليها مقبولة أمام القضاء [1].

المطلب الثاني

التحديات التي تواجه اتفاق الأطراف في تنظيم حجية التوقيع الالكتروني

إن حجية المستندات الالكترونية في الإثبات في ظل القواعد الحالية للإثبات ليست مؤكدة، حتى بعد اعتمادها كوسيلة للإثبات، إلا أن انتشار هذه الوسائل الجديدة يؤدي حتما إلى البحث عن القواعد الواجب الاستهداء بها للاعتراف بهذه الأخيرة واعتمادها كوسيلة إثبات.

إن الوسيلة الأكثر أهمية لإزالة العوائق القانونية التي تعترض إمكانية قبول الإثبات

[1] محمد المرسي زهرة، مرجع السابق، ص 37.

بالمستندات الالكترونية على ضوء الواقع الحالي تتمثل في اتفاقات الإثبات.

فالرأي الراجح فقها واجتهادا هو أن النصوص القانونية للإثبات لا تتعلق بالنظام العام، مما يعني أنه للمتعاقدين حرية تنظيم وسائل ومسائل الإثبات، من خلال عقد اتفاقيات خاصة لأن القول بعدم التعلق قواعد الإثبات بالنظام العام يعني أنه يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف حكمها صراحة وضمنا، وعلى الرغم من أن الأطراف قد يتفقون على قبول المحررات الموقعة إلكترونيا كوسيلة للإثبات فيما بينهم، إلا أنه يؤخذ على الاتفاق الذي يبرمه الأطراف فيما بينهم أنه قد يتضمن شروطا تعسفية تلحق الضرر بالطرف المذعن، ومخالفة لأصول الإثبات.

فيرى البعض في هذه الشروط والاتفاقيات أنها تصادر عنصر الرضا الذي يجب توافره كركن مستقل في أي عقد من العقود، أي أنها تعد من عقود الإذعان بالمفهوم الواسع.

فقد يكون أحد أطراف العقد في مركز أقوى يمكنه من أن يملي شروطه وإرادته على الطرف الضعيف عند إبرام الاتفاق، وذلك بوضع شروط في الاتفاق تتوافق ومصالحه، ولا يكون للطرف الآخر الحق في التفاوض على هذه الشروط، وإنما عليه قبول هذه الشروط مجتمعة أو رفضها دون نقاش. مثال ذلك الاتفاق الذي يبرمه قطاع البنوك مع العملاء إذ ينطوي على شرط. يعد به الدليل المقدم من البنك على صحة حسابات العميل دليلا قاطعا يكتسب الحجية الكاملة في الإثبات تفوق قيمته قيمة التوقيع العادي، ولا يجوز للعميل إثبات عكسه بمعنى حرمانه أصلا من حقه في الدفاع، ومثال هذا الاتفاق لا يكون نتاج مفاوضات حرة بين طرفي الاتفاق وهو ما يشكل أول تحدي يواجه اتفاق الأطراف في تنظيم حجية التوقيع الالكتروني متى تضمن شروطا تعسفية تنتهي باعتباره عقد إذعان، وبالتالي يمكن للقاضي أن يعدل شروط هذه الاتفاقات وفقا لمبدأ تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

من المبادئ المستقرة في قواعد الإثبات أن من يدعي على شخص آخر ويطالبه بحق عليه أن يقدم الدليل لإثبات صحة ما يدعيه (قاعدة البينة على من ادعى) بشرط أن يكون الدليل صادرا عن المدعى عليه، فالقاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه يواجه به الغير، بل يجب أن يكون الدليل المقدم ضد الخصم صادرا عنه حتى يكون دليلا ضده.[1]

ومنه فإن التحدي الثاني الذي يواجه اتفاق الأطراف هو عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه هذه التحديات هي من المآخذ على الاتفاقيات المتعلقة بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات ويتأتى ذلك من خلال سيطرت أحد الأطراف على التقنية التي ينشأ بها التوقيع الالكتروني وسيطرته على المحررات الالكترونية والورقية التي تنتج عنها تجعله في مكانة يصطنع بها دليلا لنفسه وللبحث في التحديات التي تواجه اتفاق الأطراف في تنظيم حجية التوقيع الالكتروني قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مدى صحة اتفاق الأطراف في حالة تضمنه لشروط تعسفية (عقد الإذعان).

الفرع الثاني: أثر مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه على اتفاق الأطراف.

الفرع الأول

مدى صحة اتفاق الأطراف في حالة تضمنه لشروط تعسفية (عقد الإذعان)

يرى البعض أن مثل هذه الاتفاقات تصادر عنصر الرضا الذي يجب توافره كركن مستقل في أي عقد من العقود، وأن الشروط الواردة في هذه الاتفاقات هي شروط تعسفية في العلاقة بين طرفي الاتفاق (العلاقة)، وأن العميل مستهلك يجب حمايته في مواجهة

[1] عبد الله فتحي عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول الجزء الأول (العقد والإرادة المنفردة) بدون دار للنشر طبعة سنة 1996، ص 52.

الطرف الأقوى[1]، لأن الأصل في العقود سواء كانت مدنية أو تجارية قبل إبرامها والتوقيع عليها تسبقها مرحلة التفاوض التي تنتهي بتوافق إرادة الأطراف، لأن حقيقة العقد ظاهرة إرادية تعبر عن حرية الاختيار في إبرامها، أو مناقشة شروطها بين الأطراف[2]، غير أن تعاظم النشاط الاقتصادي في حياة الأفراد نتج عنه نوعا جديدا من العقود حجم حرية أحد الأطراف في التفاوض على الشروط التي يتضمنها هذا النوع الجديد من العقود[3].

هذا الأمر يتأتى من خلال اعتياد أحد أطراف العقد على تنظيم نوع معين من العقود، لذلك يضع شروطا موحدة لهذه العقود، ويعرضها على الأشخاص ولا يكون أمام هؤلاء سوى القبول بالشروط الموضوعة أو رفضها دون مناقشة. هذا في التعاقدات العادية. أما بخصوص التعاقدات الالكترونية والاعتماد على الوسائط الالكترونية في إبرام التصرفات القانونية خلق فراغا قانونيا بسبب طبيعة الطريقة التي يتم بها التعاقد المختلفة عن طبيعة الطريقة التقليدية، ولمعالجة هذا الفراغ لجأ المتعاقدين الكترونيا إلى تنظيم اتفاقيات فيما بينهم لقبول ما يستخرج عن الوسائط الالكترونية لمحررات في الإثبات، وتعتبر الاتفاقيات التي يعقدها قطاع البنوك مع العملاء من أولى وأهم الاتفاقيات التي تناولت هذا الموضوع.

غير أنه وبعد الانتشار المتزايد والمذهل لشبكات الاتصال الحديثة (الانترنت)، واعتمادها كوسيلة للتعاقد وبعد سن تشريعات تعترف بالإثبات الالكتروني ومقرة بالحجية لعناصر المستند الالكتروني، زاد الاهتمام والاعتماد على شبكة الانترنت في إبرام التصرفات القانونية وعززت الأدلة الالكترونية بالاتفاقيات المبرمة بين طرفي العقد.

[1] عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 405.

[2] عبد الرحمان حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية القاهرة طبعة 1999، ص 124.

[3] الصدة عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة 1986، ص 109.

وعلى الرغم من إقرار الفقه والقضاء بصحة هذه الاتفاقيات المبرمة إلا أنها في بعض الأحيان منتقدة إذا ما انطوت على شروط تعسفية تضر بمصالح الطرف الضعيف في العلاقة، ومن أمثلة ذلك الاتفاقات التي قام بها كل من بنك مصر وبنك الإسكان للتجارة والتمويل الأردني مع العملاء بشأن إصدار البطاقات الالكترونية (A.T.M) فمن بين البنود التي وضعها بنك مصر في الاتفاق هو البند الذي يقضي بأنه: <<تعتبر كافة المبالغ المسحوبة بمعرفتي والتي تم تقييدها على حساب بدفاتر البنك صحيحة، وأسقط حقي من الآن في الادعاء بأن ما تم قيده في الحساب يخالف ما تم تسجيله بمعرفتي....>>.

كما جاء كذلك في الاتفاق الذي أبرمه بنك الإسكان للتجارة والتمويل الأردني مع العملاء في بنده رقم 22 <<يقر حامل البطاقة ويعترف بأن قيود ووثائق وسجلات البنك بينة نهائية وقاطعة اتجاهه واتجاه الكفيل ويسقط حقه في الطعن بها والاعتراض عليها.

هذه البنود وغيرها اعتمدتها أغلب البنوك في الاتفاقيات التي تبرمها مع العملاء، ومادامت هذه الاتفاقيات تبرم بدون إجراء مناقشة، أو مفاوضات مسبقة بين العميل والبنك الأكثر من ذلك أنها شروط معدة مسبقا ومكتوبة لا يمكن للعميل مناقشتها والاعتراض عليها.

ومادامت هذه الاتفاقيات تتضمن شروطا تعسفية إلى درجة حرمان العميل وسلب حقه في الطعن واللجوء إلى رفع الدعوى كما أن بنود هذه الاتفاقية ذهبت إلى حد حرمان الطرف الضعيف في العلاقة من حقه في الإثبات بإقرار العميل بأن بيانات البنك ومحرراته تعد دليلا قاطعا ومنه فإن هذه الاتفاقيات تكيف على أنها عقود إذعان[1].

الثابت من الناحية القانونية أن خصائص عقود الإذعان متفردة عن خصائص العقود الإرادية (عقود الأطراف المتكافئة) هذه الخصائص يمكن أن نجملها في الآتي:

[1] سعيد قنديل، مرجع السابق، ص – ص ، 41-43.

- عدم التوازن بين أطراف العقد.
- أن يكون موضوع العقد سلعة أو خدمة تعتبر من الأساسيات الأولية في حياة المستهلك.
- أن يصدر الإيجاب بشكل دائم وعام وبصورة قاطعة.

أولا- خاصية أو شرط عدم التوازن بين أطراف العقد

يلتزم هذا الشرط الرضوخ والإذعان من الطرف الضعيف إلى مشيئة الطرف الآخر الذي يكون في مركز سيادي يسمح له بأن يملي شروطه التعسفية لكونه يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي على السلعة أو مرفق ما بشكل يجعل المنافسة مع غيره من المنتجين محدودة النطاق[1]، ونظرا لما يتمتع به المحتكر من قوة اقتصادية فإنه ينفرد بوضع شروط العقد وليس للطرف المذعن سوى أن يقبل بهذه الشروط مجتمعة، أو أن يرفضها دون مناقشة ومن دون خيار آخر، وهذا ما ينطبق على قطاع البنوك الذي يحتكر خدمة البطاقات الالكترونية وبشروط وإن اختلفت في صياغتها فجوهرها واحد، هذا النوع من العقود يجد له تطبيقا في عقود التجارة الالكترونية التي تبرم عن طريق شبكة الانترنت (أي عقود الإذعان) لأن المشتري المتعامل عن طريق الانترنت لا يملك الحق في مناقشة شروط البيع التي يضعها البائع لأنها شروط معدة مسبقا، بالإضافة إلى أن ما يملكه العميل لا يتعدى الضغط في الخانات المفتوحة أمامه على الموقع الالكتروني الخاص بالبائع[2].

[1] ثروت عبد الحميد، مرجع السابق، ص 106.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع السابق، ص 348.

ثانيا– خاصية أو شرط أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة تعد من الضرورات الأولية التي لا يمكن للمتعاقد أن يصرف النظر عنها

يشترط لاعتبار العقد من عقود الإذعان أن يتعلق بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية التي لا يمكن الاستغناء عنها مثل الغاز – الماء – الكهرباء وغيرها من السلع والخدمات، ولكن هل بطاقات الائتمان أو بطاقات السحب الآلي التي تصدرها البنوك تعتبر خدمة ضرورية في حياة الأفراد لا يمكن صرف النظر عنها؟

الاتجاه الغالب في الفقه يري وأنه يكفي لاعتبار العقد عقد إذعان أن يكون أحد طرفيه في مركز يتوقف فيه عن الطرف الآخر (الطرف الضعيف) خبرة أو مكانة اقتصادية ويرى أيضا أنه يجب التخلي عن شرط تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية وأن تكون محل احتكار فعلي أو قانوني[1]، ويري جانب آخر من الفقه أنه يتعين على جهة القضاء تبني مفهوما مرنا لعقود الإذعان فالقاضي هو الذي يحدد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من الضروريات الأساسية في حياة الأفراد، أو غير ذلك ومنه فإن قناعة القاضي هي الفيصل في تحديد مدى حاجة الأشخاص للتعامل بالبطاقات الالكترونية أو مدى وجود التوازن بين الخبرة أو المكانة الاقتصادية بين المتعاقدين[2].

أما القضاء فله موقف آخر من مسألة اتفاق البنك مع العميل في خدمة البطاقات الالكترونية، حيث يرفض اعتبار العقد بين البنك والعميل من قبيل عقود الإذعان، وذلك لأن العميل لم يتعاقد على خدمة أو سلعة ضرورية للإنسان في حياته لا غنى له عنها، كما أنه لا يوجد جهة واحدة تحتكر إصدار مثل هذه البطاقات، وإنما هناك الكثير من

[1] الأهواني حسام الدين، المصادر الإرادية للالتزام، مرجع السابق، ص 389.

[2] عمران محمد علي، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مكتبة سعيد رأفت جامعة عين شمس، 1983، ص67.

المصارف التي تعمل على إصدار البطاقات بشروط تختلف عن شروط هذا البنك[1].

ورغم هذا الموقف الذي تبناه القضاء إلى أن هناك البعض من يرى أن التعامل بالبطاقات الالكترونية المصحوبة بالتوقيع الإلكتروني أصبح في وقتنا الراهن من الحاجيات الضرورية والملحة في حياة الأشخاص نظرا للتطور الاقتصادي المستمر في حياتهم .

ثالثا- خاصية أو شرط أن يصدر الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة

المراد بهذا الشرط أنه ولاعتبار العقد من عقود الإذعان ينبغي أن يكون موجها إلى عموم الناس أو فئة من الأشخاص وبشروط نمطية متماثلة ولا يكون الإيجاب موجها إلى شخص بعينه، كما يشترط كذلك في الإيجاب أن يكون دائم أي مستمرا فيكون ملزما لمدة أطول مما هو عليه في العقود العادية وطول الإيجاب مسألة ناشئة عن طبيعة الإيجاب وظروفه[2]، هذا الإيجاب يشترط فيه أن يبقى قائما طلية احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة فإن حصل ما يفقد الموجب احتكاره كظهور موجب آخر يقدم ذات السلعة أو الخدمة بشروط أخف إلى المستهلك أو المنتفع في هذه الحالة لا يعد العقد عقد إذعان لانتفاء إحدى خصائصه وهي الاحتكار كما يشترط في الإيجاب أن يكون في شكل نموذجي إما يقبل بمجمله أو يرفض كذلك، والعادة جرت أن يكون الإيجاب في صورة شروط مكتوبة وضعت لتصب في مصلحة الموجب وينبغي في عقود الإذعان أن يكون الإيجاب قاطعا، أي عدم إمكانية المناقشة فيه، بمعنى معد بصورة نهائية لا تقبل التفاوض في شروطه أو أحكامه ولانعقاد عقد الإذعان يحتاج فقط إلى قبول الإيجاب الصادر عن الموجب، والإيجاب إما يصدر في قالب نموذجي مدون على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية.

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع السابق، ص75.

[2] الصدة عبد المنعم فرج، مرجع السابق، ص 112.

إذا كان الأصل في عقد الاتفاقيات يتم بصورة تقليدية فإنه لا يوجد ما يحول أو يمنع من إجراء مثل هذه الاتفاقات بطريقة إلكترونية، خاصة في ظل وجود تشريعات تقر بحجية عناصر الدليل الالكتروني، فقد أصبح من الجائز والممكن عقد اتفاق إلكتروني إما عبر شبكة الانترنت أو من خلال الوسائط الالكترونية كالأقراص الضوئية أو الممغنطة وغيرها من الوسائط.

ولكن هل يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة القواعد التشريعية المنظمة للإثبات الالكتروني؟ وهل الأمر سيان مع ما هو متعارف عليه في الإثبات التقليدي؟.

الإجابة عن هذا السؤال تبنى على تقسيمات القواعد القانونية المعروفة قواعد آمرة وقواعد مكملة، فالقواعد الآمرة هي القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يخالفها يعد باطلا.

والقواعد المكملة: هي القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يخالف أحكامها اتفاق صحيح ملزم لطرفيه ومرتب لآثاره كاملة. وكما هو مستقر عليه في القواعد القانونية فإنه إذا اتفق أطراف العقد الالكتروني على مخالفة قاعدة آمرة عد هذا الاتفاق باطلا ويعد كأنه لم يكن أما إذا انصب الاتفاق على مخالفة قاعدة قانونية مكملة فإن هذا الاتفاق صحيح وملزم لجميع الأطراف.

فقد نصت المادة 1/17 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني على أنه : " ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك تعتبر رسالة البيانات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معلومات لا تخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه".

هذا النص يسمح للأطراف الاتفاق على مخالفتها كأن تتفق الأطراف المتعاقدة على أن

رسالة بيانات المحرر الالكتروني تعتبر مرسلة من تاريخ وساعة علم المرسل إليه أو من لحظة إرسال المرسل إليه تقريرا إلى المنشئ يعلمه من خلاله تلقي رسالة المعلومات.

لقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه <<إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك>>.

من خلال أحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري يتضح أن القانون قد أعطى للقاضي سلطة بموجبها يعدل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية ويخفضها إلى الحد المعقول وقد يعفي القاضي الطرف المذعن كليا من الشروط التعسفية إذا كانت مخالفة للنظام العام، ومنها حرمان أحد الأطراف من حقه في الإثبات أو حرمانه من نفي إدعاء الطرف الآخر[1].

كما اعترفت أيضا التشريعات المقارنة بسلطة قاضي الموضوع في عقود الإذعان بتفسير العبارات الغامضة الواردة في العقد لصالح الطرف المذعن والطرف المذعن الذي تفسر العبارات الغامضة لمصلحته قد يكون الدائن وقد يكون المدين[2]، وهذا طبقا لقاعدة الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن.

أما بخصوص التشريع المصري فقد نصت المادة 149 من القانون المدني والتي تقابلها المادة 204 من القانون المدني الأردني على أنه: <<إذا أبرم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية كان للقضاء أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة وأن كل اتفاق يخالف ذلك يكون باطلا>>.

---

[1] عبد الله فتحي عبد الرحيم، مرجع السابق، ص52.

[2] عبد الرحمن محمد الشريف، مرجع السابق، ص52.

من خلال ما ورد في القانون المصري والأردني فيما يخص سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان أو الإعفاء منها جاءت متطابقة مع ما ورد النص عليه في التشريع الجزائري المادة 110 من القانون المدني ومن اجتهادات محكمة النقض المصرية.

أن الشرط الذي يضفي حجية معينة على التوقيع الالكتروني من خلال تسجيلات البنوك ويمنع الطرف الآخر من إثبات عكس ما ورد فيها يتضمن قيودا قانونية على حرية الإثبات وهو أمر متعلق بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته لأن مثل هذا الاتفاق يقيد حرية العميل في الإثبات وهو حق للفرد، ولا يجوز حرمان أحد الأطراف منه حتى ولو كان بالاتفاق.

الفرع الثاني

أثر مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه على اتفاق الأطراف

يعتبر مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه عماد نظام الإثبات لأنه يقوم على احترام حرية الأشخاص واستقلال كل منهم عن الآخر، فالشخص لا يمكن أن يلتزم إلا بما يصدر عنه، بمعنى أن الدليل الذي يقدم ضد خصم يجب أن يكون صادر منه (أي من خصم من تقدم به) حتى يكون دليلا عليه[1]، هذا المبدأ لم يرد في التشريعات إلا أنه مستفاد من قوانين الإثبات عامة فهو قاعدة بديهية تؤكدها قواعد قانون الإثبات، ويؤكدها أيضا قاعدة عبء الإثبات، فالبينة على المدعى، فمن ادعى حقا على آخر عليه إقامة الدليل، وليس مجرد الأقوال والادعاءات، فلو جاز أن يصطنع أي شخص دليلا لنفسه ضد أي شخص آخر، لما أمن الناس على أنفسهم أو أموالهم، ولتعرض كل شخص لإدعاءات لا حصر لها يستطيع إثباتها أشخاص آخرون ضده ولامتلأت المحاكم بالدعاوي الباطلة والافتراءات، وفي هذا تعارض ليس فقط مع المبادئ العامة في الإثبات

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع السابق، ص36.

بل مع جوهر القانون وأساس وجوده وهو العدل والنظام وبالتالي فإنه لابد أن يقيم الشخص الدائن البينة على انشغال ذمة المدين بالالتزام المدعى به وفقا لأحكام القانون، فلا يجوز إذن أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقوال أو إدعاءات، أو أن يكون ورقة صادرة منه أو مذكرات دونها بنفسه.

وشرط أن يكون الدليل صادر من الخصم لا يعنى بالضرورة صدور الكتابة عن الخصم ذاته، إذ يمكن أن تكون الكتابة صادرة عن النائب أو الوكيل القانوني للمدين أو موظف رسمي قام بتحرير السند المحتج به وهو طرف ثالث، وهذا الطرف يعطي الدليل قوة في الإثبات كونه لا علاقة له بالالتزام الناشئ على عاتق المدين ولا يعنيه شيئا[1]. غير أنه وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي فإنه لم ينص على قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه وإنما نستنتج من المبادئ والقواعد العامة لقانون الإثبات الفرنسي. على خلاف القانون المصري الذي نص على هذه القاعدة بموجب المادة 1/972 من التقنين المدني المصري بقولها <<ليس أحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة >>.

الثابت أيضا أن قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه ليست بقاعدة مطلقة أو مبدأ عاما مطبقا إذ أن القانون ومراعاة لبعض الاعتبارات الخاصة وفي حالات معينة أتاح للشخص أن يحتج بدليل صادر عنه، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 330 قانون المدني الجزائري بقولها: << دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة وتكون الدفاتر التجارية حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ

[1] محمد زهرة، المرجع السابق، ص ص ، 49 -50.

ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه>>.

يستتشف من المادة 330 قانون المدني أن المشرع الجزائري أورد استثناء على قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه فيما يتعلق بدفاتر التجار المنظمة حسب الأصول، فإذا كان النزاع بين تاجرين يمكن عندها أن تكون الدفاتر التجارية حجة لصاحبها[1]، بمعنى أن التاجر يمكنه أن يتمسك بما دونه في دفاتره كدليل لصالحه في الدعاوى التي تكون بينه وبين تاجر أخر.

كما نصت أيضا المادة 13 من القانـون التجاري الجـزائري على أنه: << يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية>>.

هذا النص جاء مؤكدا لما ورد في المادة 330 قانون مدني وكانت أكثر وضوحا لأنها اعتبرت الدفاتر التجارية دليل يجوز للقاضي الأخذ به في المعاملات التجارية وبين التجار فقط مع اشتراط أن تكون هذه الدفاتر منتظمة.

أما بخصوص التشريع المصري فقد أورد استثناء على مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، وأجاز للمدعي أن يستند في بعض الحالات إلى دليل صادر عنه لإثبات الحق الذي يدعيه ضد الغير. من ذلك ما نصت عليه المادة 1/17 من قانون التجارة من أن: <<دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التاجر، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسا يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة>>.

ومن ذلك أيضا ما تنص عليه المادة 70 من القانون التجاري المصري الصادر بتاريخ:

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى عين مليلة طبعة 2008، ص32.

1999/05/17 من أنه: << يجوز قبول الدفاتر التجارية للإثبات في الدعاوي المقامة من التجار أو المقامة عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية وفقا للقواعد الآتية:

أ- ....

ب- تكون البيانات الواردة بالدفاتر المطابقة لأحكام القانون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التاجر، إلا إذا نقضها الخصم ببيانات واردة بدفاتره المطابقة لأحكام القانون، أو أقام الدليل بأي طريق آخر على عدم صحتها>>.

فطبقا لهذا النص يستطيع التاجر أن يتخذ مما دونه في دفاتره المطابقة لأحكام القانون دليلا لصالحه[1]، بمعنى أن البيانات الواردة في هذه الدفاتر تكون حجة لصاحبها على خصمه التاجر متى كانت مطابقة لأحكام القانون إلا إذا نقضها الخصم ببيانات واردة في دفاتره أو أقام الدليل بأية وسيلة أخرى على عدم صحتها.

ومن أمثلة الاستثناء على مبدأ عدم جوازية اصطناع الشخص دليلا لنفسه كذلك ما نصت عليه المادة 24 من قانون الإثبات الخاصة بامتناع الخصم على تقديم دليلا تحت يده يلزمه القانون بتقديمه والتي جاء في نصها: <<إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه>>.

التشريع المصري بموجب المادة 24 من قانون الإثبات جاء باحتمالين أو فرضين:

الاحتمال الأول: ويتعلق بحالة تقديم الخصم صورة عن المحرر ويطالب خصمه بتقديم

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص103.

النسخة الأصلية الموجودة تحت يده في هذه الحالة المشرع اعتبر الصورة المقدمة إلى المحكمة مطابقة للأصل الذي امتنع الخصم عن تقديمه للمحكمة بعدما أن أمرت بذلك، وفي هذا الاحتمال لا يعد استثناء على مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه لأن الصورة المقدمة تعد كأنها صادرة من الخصم المكلف في تقديم الأصل وليس عن الخصم الذي يتمسك بالصورة[1].

الاحتمال الثاني : يتمثل في حالة عدم تقديم الخصم صورة عن أصل المحرر وإنما أورد قولا يصف به شكل المحرر وموضوعه. يأخذ القاضي بالقول الصادر عن الخصم إذا امتنع الطرف الآخر عن تقديم أصل المحرر[2]، وفي هذه الحالة يتوافر الاستثناء على مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه من إجازة المشرع الأخذ بما صدر عن الخصم من قول فيما يخص شكل وموضوع المحرر عند امتناع الطرف الآخر عن تقديم النسخة الأصلية من المحرر[3].

أولا- تحديات تعارض الإثبات بالسندات الالكترونية مع قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه

إن مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه يقف عقبة في سبيل الاعتراف للمستندات الالكترونية (مستخرجات الوسائط الالكترونية) بحجية قانونية في الإثبات ذلك أن الحاسب الالكتروني يخضع تماما لإدارة من يستعمله ويخضع لإشرافه وتوجيهاته فيتحكم به بالطريقة التي يريدها، مما يعني أن كافة المعلومات الناتجة عن الحاسب هي من صنع مستعمله، ومن هذا المنطلق اعتبرت أن المستخرجات الناجمة عن الحاسب الآلي هي من صنع من يشرف عليه، وبالتالي لا يجوز استخدام هذه المخرجات كدليل

---

[1] سرور محمد شكري، موجز الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي،القاهرة، طبعة 1986، ص 19.

[2] سيد أشرف جابر، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 23.

[3] أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص38.

لإثبات تصرف قانوني والمثال على ذلك يتعلق باستخدام الدليل الصادر عن جهاز الصراف الآلي (A.T.M) فالشريط الورقي الذي يستخرج من جهاز الصراف الآلي أو الذاكرة الالكترونية التي تخزن عليها العمليات البنكية التي قام بها العميل قد تستخدم من طرف البنك لإثبات التصرف الذي قام به العميل، إلا أن هذا الدليل وإن كان موقع الكترونيا قد يكون محل طعن فما هو موقف الفقه من هذا الدليل وهل يؤخذ به أو يعمل مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه؟.

الفقه لم يكن على رأي واحد وانقسم حول إمكانية التمسك بالبيانات الصادرة عن الحاسب الالكتروني كدليل إثبات، فيرى البعض أن ما يصدر عن الحاسب الآلي يفترض أنه صادر عن مستعمل الحاسب ومنه لا يستطيع هذا المستعمل الاحتجاج بالسند الصادر عن الحاسب كدليل في الإثبات وحجتهم في ذلك أنه لا يعتبر الحاسب الآلي من الغير، فإذا أمكن اعتباره من الغير فلا يعتبر من استعمل الحاسب قد اصطنع الدليل لنفسه.

إن كل ما يصدر عن الحاسب الآلي يخضع لإرادة مستعمله والقول باستقلالية الحاسب الآلي عن مستعمله يؤدي إلى عدم مساءلة مستعمل الحاسب في حالة الغش والخطأ.

هناك فريق آخر من الفقهاء يري وأن البنك مصدر البطاقة يعمل على برمجة جهاز الصرف الآلي بطريقة معينة حتى يستطيع الاستجابة لطلب العميل حسب تعليمات هذا الأخير[1]. وبناء عليه فإنه لا يمكن القول بأن الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي نتيجة عملية السحب صادرا عن البنك وحده لأن الشريط المثبت لعملية السحب هو انعكاس لطلب حامل البطاقة ويمر بمرحلتين الأولى العمل بالإجراءات المتفق عليها وهذه الإجراءات تخضع لإرادة حامل البطاقة والمرحلة الثانية هي مرحلة معالجة طلب حامل البطاقة معالجة إلكترونية، وهي تخضع لإدارة البنك باعتباره المتحكم والمسيطر في برمجة

[1] محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ص ، 8 – 9.

جهاز الصراف الآلي. هذا الرأي كان جدير بالتأييد لأن الشريط الورقي لا يصدر عن البنك وحده، وإنما هو نتاج عمل مشترك مع العميل لأن هذا الأخير يعبر عن طلبه على وجه التحديد ثم تتم معالجة هذا الطلب معالجة إلكترونية.

لذلك فإنه يمكن الاحتجاج بالشريط الورقي لأن عملية السحب هي عملية مشتركة بين الطرفين، والشريط ليس من صنع طرف واحد بل هو اشتراك بين الطرفين في الإجراءات التي ينتج عنها الشريط وبالتالي لا يعتبر أيا منهما قد اصطنع هذا الشريط لنفسه، وبذلك يمكن الاحتجاج به من طرف البنك كما يمكن الاحتجاج به على البنك[1]. على الرغم من موضوعية الرأي الثاني إلا أن مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه عائقا أمام العقود التي تبرم على الوسائط الالكترونية، خاصة إذا كان طرفي العقد غير متكافئين في خبرة إبرام العقود الالكترونية عموما وتوقيعها إلكترونيا خصوصا فقد يكون أحد طرفي العقد محترفا يستطيع تسجيل عقوده على دعامات الكترونية بفضل خبرته الفنية وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها ويكون الطرف الآخر قليل المهارة وبالتالي لا يستطيع تسجيل عقوده وتخزينها بطريقة آمنة ويدفع أمام القضاء بعدم جوازية اصطناع الشخص دليلا لنفسه في مواجهة خصمه الذي يملك الدليل الالكتروني.

ثانيا- موقف القضاء من مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه

القضاء الفرنسي أتيحت له الفرصة للنظر والفصل في مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات قبل صدور قانون 13 يوليو 2000 المنظم لحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات حيث أقر القضاء الفرنسي بالاتفاق الذي ينصب على التوقيع المعلوماتي في حالة الوفاء بالبطاقة البنكية ومنه إجازة الاحتجاج بالدليل الموقع إلكترونيا لإثبات التصرفات التي تبرم بواسطة هذا التوقيع.

[1] ضياء أمين مشيمش، مرجع سابق، ص 29.

حيث نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما صادرا عن محكمة Sete الفرنسية قضت بموجبه في إحدى القضايا التي عرضت عليها بعدم قبول الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي كدليل إثبات لاعتباره من صنع من يتمسك به.

وقائع هذه القضية تتلخص في أن المؤسسة المالية الفرنسية Credicas فتحت اعتمادا بمبلغ 4000 فرنك فرنسي للسيدة Bisson وقد سحبت هذه الأخيرة المبلغ عن طريق جهاز الصراف الآلي التابع للشركة المقرضة، وبتاريخ الاستحقاق طالبت الشركة Credicas السيدة المقترضة بدفع المبلغ المستحق إلا أنها امتنعت عن الدفع بحجة أنها لم تسحب المبلغ، الشيء الذي دفع بالمؤسسة المقرضة إلى رفع دعوى قضائية لإلزامها بدفع المبلغ المسحوب، هذه الشركة وتأييدا لطلباتها قدمت للقاضي الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي الذي يثبت عملية السحب ومبلغها وتاريخها.

إلا أن محكمة Sete وبموجب حكم قضائي صادر عنها بتاريخ: 1984/05/09 قضت برفض دعوى المؤسسة وجاء في تعليل هذا الحكم أن من يطلب تنفيذ التزام يجب عليه وطبقا لأحكام المادة 1315 مدني فرنسي إثبات الالتزام، وأن إثبات التزام المقترض بالدفع حسب أحكام المادة 1322 من القانون المدني الفرنسي لا يكون إلا بدليل موقع من المدين يثبت استعماله لجزء أو كل مبلغ الائتمان المتفق عليه، وأن هذا الدليل الموقع من المدين لا يغني عنه ما أطلقت عليه الشركة اسم التوقيع الالكتروني الصادر عن جهاز تملك المؤسسة المدعية السيطرة عليه، هذا يعني أن حكم محكمة Sete جاء مبنيا على أساس أن الدليل الموقع إلكترونيا لا يقبل كدليل إثبات في مواجهة المدعى عليها السيدة Bisson، لأن الشريط الورقي صادر عن الحاسب الالكتروني الذي يخضع في استعماله لمطلق حرية البنك، فما ينتج عن برمجة هذا الحاسب يفترض أنه صادر عن مستعمل الحاسب، وبالتالي لا يستطيع هذا الأخير الاحتجاج بالسند الصادر عن الحاسب كدليل

إثبات[1].

أما بخصوص حكم محكمة النقض الفرنسية القاضي بنقض وإبطال حكم محكمة Sete جاء مؤسسا على أن الحكم محل الطعن خالف القانون، فالقواعد المتعلقة بالدعوى قد ورد النص عليها في المادتين 1134 ، 1341 من القانون المدني الفرنسي وأنهما يجيزان للأفراد الاتفاق على مخالفتهما إذ هما يتعلقان بقواعد مكملة ليست آمرة يجوز الاتفاق على مخالفة حكمهما، ومن ثمة الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات جائز ومشروع [2].

هذا وقد أكدت محكمة Sete على عدم الخروج على قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه في حكم آخر أصدرته في: 1986/05/14 إذ قضت بأنه:

<< حتى ولو كان الإثبات حرا بالنسبة للديون الأقل من خمسة آلاف فرنك فإنه من الضروري، أي كانت اتفاقات الخصوم، يجب أن تقدم عناصر الإثبات اللازمة لإقناع القاضي وليس مجرد سندات مطبوعة من خلال آلة تملك المؤسسة المدعية كامل السيطرة عليها>>[3].

وهكذا يتضح مدى التعارض والتناقض بين الإثبات بالسندات الإلكترونية وقاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه، ذلك أن السندات الالكترونية يفترض فيها أنها صادرة من الشخص الذي بحوزته الحاسب الآلي، وبالتالي لا يمكنه الاحتجاز بها ما لم يقره الخصم المدعى عليه بهذه السندات، فضلا على أن من يحوز الحاسب الآلي الذي تستخرج منه السندات الالكترونية يمكنه التلاعب والتزوير في هذه المستندات لذلك فإن قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه تستند على أن الدليل المقدم ممن يقع

[1] محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 70.

[2] ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص ص ، 406 إلى 408.

[3] أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، بدون دار نشر، طبعة 2000، ص 36.

عليه عبء الإثبات يسهل تزويره ويصعب اكتشاف هذا التزوير والتلاعب[1].

المبحث الثانـي

الاستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات

لقد اتفق كل من التشريع الجزائري والفرنسي والمصري على أن يكون إثبات التصرفات القانونية كقاعدة عامة يتم كتابة وجعل المحرر المكتوب الوسيلة الأفضل عن باقي الوسائل الأخرى في إثبات التصرفات القانونية على الأخص إلا أن هذه المسألة ليست مطلقة لأن التشريع حينما اشترط الإثبات بالكتابة أن يكون مثل هذا الإثبات ممكنا من الناحيـة العملية طبقا لقاعدة لا التزام بمستحيل.

لذلك أوردت هذه التشريعات عدة استثناءات على قاعدة الأصل في الإثبات الكتابة، يمكن بواسطتها الاستغناء على الدليل الكتابي والاكتفاء بأي وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى خاصة، وأن الواقع أثبت وجود ظروف تحول دون إعداد الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون في الإثبات، وحفاظا على الحقوق أجيز الإثبات بالوسائل الأخرى.

ونظرا لأهمية التجارة الالكترونية واعتمادها بصورة أساسية على المحررات الإلكترونية والتوقيع الالكتروني في الوقت الذي لم تكن فيه تشريعات تنظم الإثبات الالكتروني وتعترف بحجية عناصر الدليل الالكتروني، بالإضافة إلى عدم تقبل هذا النوع من المستندات الالكترونية وإعطائها حجية الدليل الكتابي. فقد حاول الفقه الاسترشاد والاستعانة بالاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات بالكتابة – الحالات التي يجوز فيها

[1] عباس العبودي، مرجع سابق، ص 88.

الاستغناء عن الدليل الكتابي – لقبول عناصر المحرر الالكتروني في الإثبات.

والتصرفات أو الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن حسب القواعد العامة للإثبات نوعان:

حالات يجوز فيها الإثبات بالشهادة والقرائن حسب الأصل: وهي الحالات التي جاءت بها المادة 333 من القانون المدني الجزائري والمادة 60 من قانون الإثبات المصري والتي تقابلها المادة 109 من القانون التجاري الفرنسي وهي: – الوقائع المادية – المعاملات التجارية – التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على نصاب معين.

وهناك حالات أخرى يجوز فيها الإثبات بالقرائن والشهادة استثناء وهذه الحالات نصت عليها المادة 335 من القانون المدني الجزائري والمادتين 62 ، 63 من قانون الإثبات المصري وهي : – وجود مبدأ الإثبات بالكتابة – وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي – فقد الدليل الكتابي بعد تكوينه بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

هذه الاستثناءات يجب فيها أن تتوفر الشروط الخاصة بكل حالة من الحالات السابقة حتى يمكن الاستغناء على الدليل الكتابي، والاستعانة بشهادة الشهود والقرائن لإثبات التصرفات القانونية. مع الملاحظة أن تقدير مبدأ الاستثنائية من الإثبات بالدليل الكتابي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الحالة المعروضة يجب إثباتها بالدليل الكتابي، أو يجوز إثباتها بالوسائل الأخرى (القرائن وشهادة الشهود).

للبحث في هذه الاستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع الالكتروني في الإثبات قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن حسب الأصل.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن استثناء.

المطلب الأول

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن حسب الأصل

القاعدة في إثبات التصرفات المدنية أن الإثبات بالكتابة يكون واجبا بالنسبة للتصرفات القانونية متى تجاوزت قيمتها نصابا معينا أو كانت غير محددة القيمة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك، وهذا ما قضت به المادة 333 من التقنين المدني الجزائري والمادة 60 من قانون الإثبات المصري.

فنصت المادة 334 من التقنين المدني الجزائري على أنه: <<لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة عن 100.000 دينار جزائري- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي>>.

بموجب المادة 334 قانون مدني جزائري فإنه لا يجوز إثبات أي تصرف قانوني يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي رسمي بشهادة الشهود، بمعنى أنه لا يجوز إثبات خلاف ما أشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة من نفس النوع أو الطبيعة حتى ولو لم تتجاوز القيمة المنصوص عليها قانونا[1]، وحسب التشريع الجزائري هي : 100.000دينار جزائري .

وتطبيقا لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة على التعاقدات المبرمة الكترونيا فإنه ينبغي التمييز بين التصرف الذي تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري والتصرف الذي تقل قيمته عن ذلك فإذا زادت قيمة التصرف عن 100.000 دينار جزائري وجب الإثبات بالكتابة الالكترونية على اعتبار التصرف أو التعاقد تم بالوسائط الالكترونية، أما إذا كانت

[1] مندى عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 472.

الصفقة المبرمة عبر الانترنت لا تزيد قيمتها عن 100.000 دينار جزائري فيجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، وكذلك مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بموجبه يجوز إثباتها بكافة وسائل وطرق الإثبات، وللبحث في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن بحسب الأصل قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: حرية الإثبات في المواد التجارية (المعاملات التجارية).

الفرع الثاني: حرية الإثبات في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن نصاب معين.

الفرع الأول

حرية الإثبات في المواد التجارية (المعاملات التجارية)

وفقا لأحكام المادة 333 من التقنين المدني الجزائري والمادة 60 من قانون الإثبات المصري فإن المعاملات التجارية فيما يتجاوز القيمة المحددة قانونا تخرج عن نطاق قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، فهذه التصرفات يجوز إثباتها بشهادة الشهود أين كانت قيمة التصرف، ذلك أن اشتراط الكتابة في إثبات المعاملات التجارية يتنافى مع ما تقوم عليه هذه الأخيرة من ثقة متبادلة بين التجار والسرعة في الانجاز[1]. بمعنى أن الإثبات بالدليل الكتابي لا محل له، بل إن العمل به يعد تعطيلا للمعاملات التجارية، ويجوز أيضا في المعاملات التجارية الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن فيما يخالف الدليل الكتابي أو يجاوزه إن قاعدة حرية الإثبات في المعاملات التجارية لا تنطبق إلا على المعاملات التجارية بين التجار مما يعني أن مبدأ حرية الإثبات لا يعمل به إلا إذا كان طرفي المعاملة (التصرف) تاجرين، وكان التصرف متعلق بمعاملاتهم التجارية وعليه إذا كان طرفا العلاقة (التصرف القانوني) من طائفة التجار وكان موضوع التصرف يتعلق بإحدى

[1] الأهواني حسام الدين كامل، شرح قانون الإثبات، بدون دار نشر ، 2002، ص 143.

الأعمال التجارية، فإنه يجوز لكلا الطرفين إثبات هذا التصرف وموضوعه بجميع طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن[1]، بمفهوم المخالفة أن قيام التاجر بتصرف قانوني لا يعد من ضمن أعمال تجارته فإن مثل هذا التصرف لا يعد عملا تجاريا وبالتالي لا يخضع إلى مبدأ حرية الإثبات[2]، ومبدأ حرية الإثبات في التصرفات والمعاملات التجارية ليس بمبدأ مطلق يطبق على كافة التصرفات التجارية، فهناك من المعاملات التجارية ما يوجب فيها المشرع أن تكون مكتوبة خاصة تلك التي تكون على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة، وذلك من أجل حماية المصلحة العامة والخاصة ومثالها ما نصت عليه المادة 79 من القانون التجاري والتي اشترطت الكتابة الرسمية في بيع أو الوعد ببيع أو التنازل عن محل تجاري، وكذلك ما نصت عليه المادة 465 من القانون التجاري والتي اشترطت في السند لأمر أن يكون مكتوبا بالإضافة إلى أحكام المادة 472 من القانون التجاري المتعلقة بالشيك، ونفس الأمر فيما يتعلق بعقود تأسيس شركات تجارية فقد اشترط فيها التشريع الجزائري الكتابة الرسمية لعقد الشركة فمثلا المادة 445 منه تنص: << تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة. لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة>>. وهذا ما نصت عليه المادة 108 من مدونة التجارة المغربية والمتعلقة برهن الأصل التجاري والمادة 239 المتعلقة بالشيك، وكذلك ما ورد بالمادة 31 من القانون رقم: 15/96 المتعلقة بشركة التوصية بالأسهم وغيرها من المواد[3].

أما بالنسبة للأعمال التجارية المختلطة التي تكون بين تاجر وغير تاجر بمعنى أن هذا

---

[1] محمد عبد العزيز مرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون دار نشر 1995، ص217.

[2] منصور محمد حسين ، الإثبات التقليدي والالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، 2002 ، ص 137.

[3] أحمد شكري السباعي ، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية ، دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن ، الجزء الثاني ، دار النشر المعرفة ، الطبعة الأولى ، 2001، ص347.

التصرف يكون تصرفا تجاريا بالنسبة لأحد الأطراف ويكون تصرفا مدنيا للطرف الآخر. في هذه الحالة تسري قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة على من كان التصرف مدنيا في حقه، بينما يسرى مبدأ حرية الإثبات على من كان التصرف تجاريا في حقه، أي أن التاجر يلتزم في إثبات دعواه بطرق الإثبات العادية الواردة في القانون المدني، وليس وفقا لمبدأ حرية الإثبات أما غير التاجر فيستطيع أن يثبت دعواه ضد التاجر بكافة طرق الإثبات شهادة الشهود والقرائن[1].

إذا كان الأصل في المعاملات التجارية هو حرية الإثبات إلا أن هناك مجموعة من الضوابط تحد من الاستعانة بهذا المبدأ وبالتالي الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات هذه الضوابط تتمثل في:

–حالة وجود اتفاق بين الأطراف على أن يكون الإثبات بالكتابة والأصل في المعاملة هو حرية الإثبات في حالة وجود مثل هذا الاتفاق فإنه يجب الرجوع إلى الأصل وهو اللجوء إلى قواعد الإثبات العامة لإثبات التصرف[2].

– التصرفات التي تبرم بين التجار ولا تتصف بالطابع التجاري، أو تكون تصرفات مدنية بطبيعتها الإثبات يكون فيها وفقا للقواعد العامة في الإثبات إذا كانت قيمتها تتجاوز النصاب المسموح بإثباته بشهادة الشهود أو القرائن.

– التصرفات الشكلية التي يشترط فيها القانون الكتابة والتي سبق الإشارة إليها في مقدمة الفرع.

والتساؤل الذي يطرح هل يمكن قبول المحررات الموقعة إلكترونيا في إثبات تصرف أو عقد تجاري إذا توافرت جميع شروط مبدأ حرية الإثبات؟.

[1] علي عادل حسين، مرجع سابق، ص 100.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 354.

نظرا لإمكانية إثبات المعاملات التجارية بجميع طرق الإثبات فإن لطرفي المعاملة التجارية التي تتم عبر شبكة الانترنت، أو على الوسائط الالكترونية أو الضوئية أو المغناطيسية الاستعانة بالمحرر الالكتروني لإثبات العقد أو الالتزامات الناشئة عنه بشهادة الشهود حتى وأن زادت قيمة المعاملة على النصاب المقرر إثباته بشهادة الشهود. كما يجوز أيضا الاستعانة بالمحرر الالكتروني لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو وارد بالدليل الكتابي طالما كان التصرف تجاريا.

إذا كان من الجائز إثبات التصرفات التجارية التي تتم عبر شبكة الانترنت بالمحررات الموقعة إلكترونيا فإن للقضاء حرية واسعة في تقدير القوة الثبوتية لهذه الوسيلة مما يعني أن الجواز القانوني يعود أولا وأخيرا لقاضي الحكم، هذا الأخير يقرر قبول المحرر الموقع الكترونيا كوسيلة إثبات متى تأكد له استخدام هذا التوقيع وعدم منازعة الأطراف في صحته أو يرفضه لعدم قناعته به[1].

كما يمكن لقاضي الموضوع الاستعانة بالمحرر الموقع الكترونيا كقرينة قضائية لإثبات المعاملة التجارية وإظهار حقيقتها، وبذلك فهي أدلة غير مباشرة تقوم على الاستنباط[2]، والإثبات بالقرائن لا ينصب على الواقعة مصدر الحق بل على واقعة أخرى إذا ثبت إمكانية أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها[3]، والقاضي يتمتع بسلطة تقديرية على القرائن أوسع من تلك الممنوحة في الأدلة الأخرى فيمكنه أن يبني قناعته على واقعة وإن لم تكن محددة بالطرق القانونية أو على وقائع لم تكن محل مناقشة بل يمكن أن يستند إلى أدلة أخرى مادامت متعلقة بالدعوى[4].

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 356.

[2] عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 123.

[3] فرج توفيق حسن، المرجع السابق، ص 205.

[4] الصدة عبد المنعم، المرجع السابق، ص 381.

على الرغم من إعطاء التاجر الحق في التمسك بالمستند الموقع إلكترونيا لإثبات الحق الذي يطالب به تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات يعتبر حلا جزئيا لأن المشرع قد يتطلب وجود كتابة على النحو الذي سبق بيانه، وبالتالي لا يمكن للتاجر الاعتماد على المستند الموقع إلكترونيا لأن المشرع في هذه الحالات حدد الكتابة التي تكون دليلا. وهذا يعتبر حرمانا للتاجر من الاستفادة من هذه المستندات لإثبات عقودهم أما بخصوص المعاملات التجارية المختلطة فإن غير التاجر يستطيع أن يستند إلى المستندات الموقعة إلكترونيا في مواجهة التاجر، أما التاجر فلا يكون له ذلك حيث يتقيد بمبدأ إلزامية الدليل الكتابي الموقع بخط اليد لإثبات حقوقه والجدير بالملاحظة أن قيمة المحرر الموقع الكترونيا لا تتوقف فقط عند الاعتراف بحجية عناصره (الكتابة والتوقيع الالكترونيين) وإنما في اعتباره من القرائن التي يمكن من خلالها للقضاء الوصول إلى الحقيقة والاستعانة بالقرائن تواجه تحديات منها:

- أن اللجوء إلى القرائن لا يكون في جميع التصرفات وإنما ينحصر في التصرفات التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود ومنه لا يمكن للقاضي الاستعانة بالقرائن إذا كانت قيمة المعاملة تزيد عن النصاب المسموح إثباته بشهادة الشهود.
- إن قناعة القاضي في الإثبات بالقرائن في الحق المدعى به لا يقوم على أساس الوقف على حقيقة الوقائع المتنازع عليها وإنما على أساس الاستنباط العقلي إذن القرائن تقوم على الاحتمال والترجيح وبذلك تكون سلطة القاضي واسعة في تقدير هذه القرائن إن قرار إثبات التصرفات التجارية المبرمة بوسائط إلكترونية بكافة طرق الإثبات بما فيها التوقيع الالكتروني جاء نتيجة إرساء معظم التشريعات لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية سواء التقليدية منها أو الالكترونية بالإضافة إلى أنه لا توجد نصوص تشريعية تلزم إثبات المعاملات التجارية الالكترونية بواسطة المحررات التجارية لا غير.

- إن معظم التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني أوردت شروطا يجب توافرها في المحرر الموقع الكترونيا من أجل اعتمادها كدليل لإثبات المعاملات الالكترونية هذه الشروط لا يجب تجاوزها تحت شعار حرية الإثبات في المواد التجارية. بحيث لا يجوز الاحتجاج بمحرر إلكتروني غير موقع إلكترونيا أو أن يكون هذا المحرر مقترن بتوقيع إلكتروني لا يتوفر على الشروط القانونية لاعتباره دليلا في الإثبات.

إن مسألة تقدير حجية التوقيع الالكتروني تخضع لسلطة القاضي على النحو الذي سبق التطرق إليه اعتباره قرينة قضائية هذا الأمر أدى إلى زعزعة عنصر الثقة في المعاملات التجارية المبرمة عبر الوسائط الالكترونية والتي تثبت بالوسائل الالكترونية ومن بينها التوقيع الالكتروني، خاصة في مجال الأعمال التجارية المختلطة لأن في هذا النوع من الأعمال حرم التاجر من الإثبات بالمحررات الموقعة الكترونيا في التصرفات التي لا يجوز فيها الإثبات بالبينة الأمر الذي أنعكس سلبا على التجارة الالكترونية لتخوف التجار من جهة وعزوفهم من جهة ثانية عن التعاقد إلكترونيا (عبر الانترنت) مع الأشخاص المدنيين لأنهم لا يستطيعون الإثبات في مواجهتهم إلا طبقا لقواعد القانون المدني.

الفرع الثاني

حرية الإثبات في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن نصاب معين

لقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أوجب في المادة 333 من القانون المدني الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية المدنية التي تتجاوز قيمتها 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فأخرجت من هذا القيد التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها هذا النصاب، وأعتبر الأصل فيها جواز الإثبات بشهادة الشهود، أي جواز إثباتها بكافة وسائل الإثبات (نظام الإثبات الحر) بما في ذلك المحررات المعلوماتية أو

الالكترونية، وذلك بصرف النظر عن صفة أطراف النزاع[1]، ويرجع السبب في عدم اشتراط المشرع الإثبات بالكتابة فيما تقل قيمته عن نصاب معين إلى رمزية هذه القيمة والتي عادة ما تتعلق بالوفاء بالحاجات اليومية لمشتريات الأشخاص بالإضافة إلى أن تطلب الكتابة لإثبات هذا التصرف يؤدي إلى تعقيدها وإهدار للوقت إذ قد لا تتناسب مصاريف العقد والوقت الذي يهدر مع قيمة التصرف، لذلك أعفى المشرع الأطراف من الإثبات بالكتابة[2].

وإذا كان الأصل في إثبات التصرفات التي لا تزيد قيمتها على النصاب المحدد بجميع وسائل وطرق الإثبات، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على أن يكون إثباتها بالكتابة كما يستثنى كذلك من الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات التي تقل عن النصاب المحدد في الحالات التي يشترط فيها القانون الإثبات بالكتابة مثل إبرام بعض العقود كعقد الكفالة – وعقد الصلح – وعقد العمل بالنسبة لصاحب العمل، وكذلك حالة اشتراط الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة، حتى ولو لم تزد قيمة التصرف عن 100.000دينار جزائري[3]، وهذا بحسب ما نصت عليه المادة 334 من القانون المدني الجزائري بقولها << لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.........>>.

إذن جميع التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي التزامات، أو الحقوق التي تتجاوز قيمتها 100.000 دينار جزائري لا يجوز إثباتها بشهادة شهود، ويلزم أن تثبت بالكتابة، والمشرع الجزائري في نص المادة 333 من القانون المدني لم يذكر صراحة الكتابة، ولكن يستشف ذلك من القواعد العامة للإثبات،

[1] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 123.

[2] نشأت أحمد، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السادسة، بدون دار نشر، سنة 1996، ص 375.

[3] محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 141.

والمقصود هنا بالكتابة هي الكتابة التقليدية سواء كانت عرفية أو رسمية، ويقصد بها كذلك الكتابة الالكترونية الموقعة إلكترونيا، فطبقا لهذا النص فإنه يمكن إثبات التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن 100.000دينار جزائري بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، ما لم يتطلب المشرع أو يتفق الأطراف على وجوب الإثبات بالكتابة مهما كانت قيمة التصرف. مع الملاحظة أن نصاب الإثبات هذا مر بمراحل متعاقبة للتوافق مع المتغيرات الاقتصادية، واستجابة للضرورات الاجتماعية والاقتصادية التي تقتضيها المعاملات التي تتم بين الأفراد ويستفاد ذلك من التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 على أحكام المادة 333 من القانون المدني أين رفع مبلغ نصاب الإثبات بالشهادة إلى 100.000دينار جزائري بدلا من 1000دينار جزائري.

أما بخصوص القانون المصري فقد رفع سقف النصاب في المعاملات القانونية التي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات إلى 500 جنيه بموجب القانون رقم 18 لسنة 1999 وهذا بحسب ما نصت عليه المادة 60 بقولها: <<في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك>>.

أما بخصوص القانون الأردني فقد نصت المادة 1/28 من قانون البيانات الأردني على أنه: << إذا كان الالتزام في غير المواد التجارية يزيد عن مائة دينار أو كان غير محدد المقدار فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك>>، والتشريعات المختلفة قد نصت على القواعد التي يجب مراعاتها في تقدير قيمة التصرف القانوني، أو الالتزام هذه القواعد يمكن إجمالها في الآتي:

أولا– قاعدة الأخذ بقيمة الالتزام وقت إبرام العقد

لا صعوبة في تقدير قيمة التصرف إذا كان محله مبلغا من النقود، ولكن إذا كان محله شيئا آخر غير النقود فإن مسألة تحديد قيمة الالتزام تكون من اختصاص القاضي يقدره سواء بنفسه أم بواسطة أهل الخبرة دون أن يتقيد في ذلك بتقديرات الخصوم أنفسهم، والعبرة في تقدير قيمة التصرف بوقت صدوره بمعنى أن يتم تقدير قيمة الالتزام وقت إتمام العقد لا وقت الوفاء به أو وقت رفع الدعوى دون النظر إلى ما قد يطرأ عليه من زيادة أو نقص بعد قيام العقد، فهذا لا يؤثر على جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات إذا كانت قيمة التصرف وقت إبرامه لا تزيد عن 100.000 دينار جزائري، أو 500 جنيه مصري، أو 100 دينار أردني، ويجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام عن النصاب المحدد قانونا لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل[1].

التشريع الجزائري أخذ بهذه القاعدة في نص المادة 2/333 بقولها: "...ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام عن 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل " .

ثانيا– قاعدة الأخذ بحرية الإثبات حتى ولو اشتملت الدعوى على طلبات متعددة

حسب هذه القاعدة يراعى في تقدير قيمة التصرف في حالة تعدد الالتزامات بين شخصين وكانت ناشئة عن مصادر متعددة فالعبرة لكل منها على حدة، بحيث يكون الإثبات جائزا بكافة طرق الإثبات في الدعوى القضائية حتى وإن اشتملت على طلبات متعددة بشرط أن لا يزيد كل طلب على الحد المقرر قانونا أي 100.000 دينار جزائري كما في التشريع الجزائري، ولو كان مجموع الديون أو الطلبات المتعددة يزيد عن هذا المبلغ ويسري هذا الحكم حتى ولو كانت المصادر التي نشأت منها هذه الديون من طبيعة واحدة، كما لو

[1] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 415.

كانت كلها عقود بيع أبرمت تباعا، أو عقود قرض وهذا ما نصت عليه المادة 3/333 بقولها: " وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد عن هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته عن100.000 دينار جزائري ".

هذا النص تقابله أحكام المادة 2/60 من قانون الإثبات المصري بمعنى أن موقف التشريعين واحد من هذه القاعدة.

ثالثا– تطبيق هذا الاستثناء على العقود والاتفاقات أيا كان نوعها

يعنى أنه يمكن العمل بقاعدة الإثبات الحر في جميع العقود والاتفاقات التي تقل قيمتها على النصاب المحدد قانونا سواء كانت هذه العقود تنشئ التزاما أو تنقل حقا، وكذلك العقود التي تنهي الالتزام أو تنقله[1]، ومع ذلك فإنه توجد حالات لا يجوز فيها الإثبات وفقا للمبدأ الحر في الإثبات حتى ولو كانت قيمة التصرف أقل من النصاب الذي حدده القانون وهذا ما جاءت به المادة 334 من القانون المدني الجزائري وهي :

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي:

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 334 قانون مدني جزائري : "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة عن 100.000 دينار جزائري:

فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه عقد رسمي " .

يستتشف من النص المذكور أنه لا تقبل الشهادة وطرق الإثبات الأخرى لنقض ما هو

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص374.

ثابت بالكتابة (العقد الرسمي) حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تزيد عن 100.000دينار جزائري وذلك تطبيقا لمبدأ الثابت كتابة لا ينقض إلا كتابة[1].

1-إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته بالكتابة

هذا الأمر نصت عليه المادة 334 من القانون المدني الجزائري بقولها <<..... إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا كتابة>>.

العبرة بقيمة التصرف وقت نشوئه، ومنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة التي يطالب بها الدائن عن النصاب المحدد قانونا (100.000 دينار جزائري في التشريع الجزائري مثلا)، لأن الإثبات بالشهادة في هذه الحالة يتيح للدائن تجزئة مطالبته ويتخلص من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، وهذا الحكم يسري سواء كان ما يطالب به الدائن هو جزء من الدين أو باقي الدين، فالعبرة بقيمة الحق كله، هذا الأمر كذلك يسري على المدين في حالة الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي، فإذا كانت قيمة الالتزام الأصلي تفوق وتزيد عن النصاب المحدد قانونا فإنه لا يجوز إثبات الوفاء بشهادة الشهود، حتى ولو كان الجزء الموفى به أقل من النصاب المحدد قانونا للإثبات بشهادة الشهود، وحتى لا يتحايل المدين على قاعدة إثبات الوفاء بالكتابة ويدعي أن الوفاء كان على أجزاء[2].

2-إذا طالب أحد الخصوم بمبلغ يزيد عن النصاب المحدد ثم عدل طلبه إلى مادون ذلك

هذه الحالة عالجها التشريع الجزائري بموجب المادة 4/334 والتي نصت <<.....إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن

[1] عباس العبودي، أحكام الإثبات في القانون المدني العراقي، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة 1998، ص290.
[2] محمد حسن قاسم ، مرجع سابق .ص307

طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة>>.

أول ملاحظة هو أن التشريع الجزائري بموجب هذه الفقرة لم يكن دقيقا في الصياغة والأصل هو العدول إلى مادون هذه القيمة وليس إلى ما يزيد عن هذه القيمة وبهذا يتعين على التشريع الجزائري التدخل من أجل إعادة صياغة هذه الفقرة حتى تكون منسجمة مع ما يريده الشارع من النص، وليس العكس بمعنى أن ألفاظ النص يؤدي إلى عكس أو نقيض ما يريده الشارع.

وفي هذه الحالة قد يحدث أن يطالب أحد الخصوم بما يزيد عن نصاب الإثبات بالشهادة ثم بعد ذلك يعدل عن طلبه إلى مادون نصاب المحدد قانونا حتى يتسنى له الإثبات بشهادة الشهود. القانون منع ذلك صراحة سواء ما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 4/334 من القانون المدني أو ما نص عليه التشريع المصري في المادة 61/ج من قانون الإثبات[1] والغاية التي يتوخاها المشرع من هذا المنع من الإثبات بشهادة الشهود هو مطالبة المدعي بما يجاوز قيمته نصاب الإثبات بالشهادة ثم تعديل طلباته بما لا يجاوز ذلك، قرينة على أن تخفيض الطلب القصد منه هو التهرب من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة. لأن الغاية من التشريع هي حماية جميع الأطراف. كما أنه يجوز للمدعى هدم قرينة التهرب من قاعدة الإثبات بالكتابة إذا استطاع إثبات أن تقديره للقيمة المطالب بها عند رفع الدعوى كانت نتيجة خطأ لم ينتبه إليه بعد تسجيل الدعوى وتبليغها[2].

يتضح من خلال ما سبق أن الإثبات في التصرفات التي تقل قيمتها عن الحد المحدد قانونا حسب كل تشريع متى توافرت العناصر والشروط السالفة الذكر يجوز فيها الإثبات

---

[1] المادة 61/ج من قانون الإثبات المصري تنص << عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود .... إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما يزيد قيمته عن خمسمائة جنيه ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة>>.

[2] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 417.

بكافة وسائل أو طرق الإثبات فهل يقبل فيها التوقيع الالكتروني لإثبات مثل هذه التصرفات؟

حسب النصوص التشريعية المختلفة فإن المعاملات التي تتم عن طريق الانترنت يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ومن بينها الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني لأن هذه المعاملات غالبا ما تتم لشراء سلع محددة القيمة مثل الكتب الالكترونية والأقراص الممغنطة وأجهزة الاستعمال المنزلي وغيرها من المواد الاستهلاكية، أو تتعلق بخدمات محددة القيمة قد لا تجاوز القيمة المحددة قانونا للإثبات بالشهادة وبذلك لا يوجد مانع قانوني يحول دون الاعتماد على المحررات الموقعة الكترونيا في إثبات هذه التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن نصاب الإثبات بالشهادة طالما أن تحديد القيمة الثبوتية للمحرر الموقع إلكترونيا يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، شأنها شأن بقية الأدلة أو طرق الإثبات الأخرى، فيمكن أن يمنح لها قيمة الدليل الكامل في الإثبات أو يعتبرها مجرد قرينة قضائية يستأنس إليها في الدعوى، أو يهدر قيمته في الإثبات الأمر الذي يهدد استقرار المعاملات الالكترونية عبر شبكة الانترنت ومن جهة ثانية فإن تحديد المبلغ الذي لا يتعين فيه الإثبات بالكتابة من شأنه أن يحول دون تشجيع المعاملات الالكترونية على الرغم من أن نظام الإثبات الحر يعتبر وسيلة بموجبها تخطى الإثبات بالمحررات الموقعة إلكترونيا العقبات العملية التي كانت تحول دون الاعتداد به كأدلة كتابية كاملة، وطالما فتح الباب لحرية الإثبات بالنسبة لهذه التصرفات، فإن أطراف المعاملات القانونية يمكنهم تقديم المحررات الموقعة إلكترونيا لإثبات هذه التصرفات وإثبات مضمونها ومثال ذلك عمليات السحب النقدي بطريق بطاقات الائتمان.

مما لاشك فيه أن تحديد القيمة الإثباتية للمحرر الموقع الكترونيا في هذه الحالة كما سبق

القول يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع شأن طرق الإثبات الأخرى[1].

المطلب الثاني

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن استثناء

يجيز القانون الإثبات بشهادة الشهود والقرائن، كاستثناء من تطبيق القواعد العامة للإثبات، والتي تتطلب كأصل عام أن يكون الإثبات بالكتابة حتى ولو زادت قيمة الالتزام عن نصاب الشهادة، وحتى لو كان المراد إثباته هو ما يخالف الكتابة أو يجاوزها، وذلك في الأحوال التي قدر فيها المشرع الإثبات بالشهادة والقرائن معتبرا التمسك فيها بالدليل الخطي ليس له ما يبرره، وفيه إهدار لحقوق الأشخاص. لذلك استثنيت هذه الحالات من مبدأ وجوب الإثبات بالدليل الكتابي وإدراكا لأهمية التصرفات القانونية التي تتم عبر شبكة الانترنت أو تلك التي تتم عن طريق وسائط الكترونية، واعتمادها بصورة أصلية على المحررات الموقعة إلكترونيا ولتكييفها مع قواعد الإثبات النافذة حاول الفقه في البداية الاسترشاد بهذه الاستثناءات الواردة على مبدأ الدليل الخطي بوضع المحررات الموقعة الكترونيا ضمن هذه الاستثناءات معتبرين السند الموقع إلكترونيا بداية حجة كتابية.

هذه الاستثناءات وعلى الرغم من أنها من مقتضيات العدالة إلا أنه لا يمكن أخذها على إطلاقها فحتى يمكن الاستغناء على الدليل الكتابي والاستعانة بشهادة الشهود والقرائن ينبغي توفر حالات منصوص عليها من الناحية القانونية وهي حالات قيام دليل كتابي غير كامل من شأنه جعل التصرف القانوني المدعى به قريب الاحتمال وهذا الدليل الكتابي غير الكامل يطلق عليه اصطلاح مبدأ الثبوت بالكتابة.

وحالات يقوم فيها مانع إما من الحصول على دليل كتابي وإما من تقديم هذا الدليل بعد

[1] ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 415.

الحصول عليه، وللبحث في هذه المسألة تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة (بداية حجة كتابية).

الفرع الثاني: وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي.

الفرع الثالث: فقدان الدليل الكتابي بعد تكوينه بسبب أجنبي.

الفرع الأول

مبدأ الثبوت بالكتابة (بداية حجة كتابية)

حسب هذا المبدأ يجوز إثبات التصرف القانوني بالبينة أو بالقرائن أو بهما معا طالما وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، بمعنى أن البينة والقرائن إنما تأتي معززة لدليل كتابي ناقص فتكمله، ومبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بالبينة أو بالقرائن يكون دليلا كاملا في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة.

بداية حجة كتابية أو مبدأ الثبوت بالكتابة كما تسميها بعض التشريعات تبناها المشرع الجزائري ونص عليها بموجب المادة 335 من التقنين المدني بقولها: " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال. تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ".

هذا المبدأ أيضا نص عليه التشريع المصري في المادة 62 من قانون الإثبات[1] والتي تقابلها المادة 1/30 من القانون الأردني.

[1] نص المادة 62 من قانون الإثبات المصري:" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

يتبين من النصوص القانونية أن المشرع استثنى من مبدأ وجوب الدليل الكتابي فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن نصاب الشهادة، أو لإثبات ما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي، وأعطي للمتعاقد الحق في إثبات حقوقه بالاستناد إلى ما يسمى ببداية حجة كتابية، وقد تم استحداث بداية حجة الكتابة استجابة للظروف الخاصة التي تقضي بتيسير الإثبات للخصوم، وللتخفيف من وطأة النظام القانوني للإثبات (مبدأ الإثبات بالكتابة) ومبدأ الثبوت بالكتابة جاء ليخفف قواعد الإثبات المدنية ويعطي للقاضي سلطة في تقدير الشهادة وغيرها من الأدلة.

ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة الحالة التي توجد فيها ورقة مكتوبة صادرة عن الخصم، ولكنها لا تعد دليلا كاملا، وإنما من شأنها جعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أي جعل تأسيس الدعوى احتمالا واردا. وقد قضي بأن لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكملته البينة، ويستوي في ذلك أن يكون الإثبات بالكتابة مشترطا بنص القانون أو باتفاق الطرفين[1]، وحتى يتم الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة لابد من توافر ثلاث شروط وهناك من يسميها الأركان كما فعل الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي في كتابه الموسوم بعنوان نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية في التشريع. المصري. العربي و الأجنبي هذه الشروط أو الأركان تتمثل في الآتي:

1- وجود ورقة مكتوبة.
2- صدور هذه الورقة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو ممن يمثله.
3- أن يكون من شأن هذه الورقة أن يضحى وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال.

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 333.

أولا- وجود ورقة مكتوبة

من أجل الإعمال بمبدأ الثبوت بالكتابة لابد من توافر ورقة مكتوبة، أما مجرد الأعمال المادية إيجابية كانت أو سلبية ولو كانت ثابتة بالبينة أو القرائن فلا تكفي، ولا يشترط في الكتابة شكلا معينا فكل كتابة أي كان نوعها والغرض منها تصلح أن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة[1]، ولا يشترط في الورقة المكتوبة أن تكون قد أعدت من أجل الإثبات[2]، ولا يشترط فيها ما يشترط في الدليل الكامل من بيانات وعليه فإنه لا تعد المحررات الموقعة سواء كانت عرفية أو رسمية بداية حجة بالكتابة (مبدأ ثبوت بالكتابة).

لأنها تعد أدلة كاملة في الإثبات، وأن مبدأ ثبوت بالكتابة يتحقق من الخطابات أو المذكرات الخاصة أو أقوال ترد في محاضر تحقيق أو في مذكرات مقدمة أمام القضاء. كما أن مبدأ الثبوت بالكتابة يستنبط أيضا من ورقة تعتبر في ذاتها دليل كتابي كامل في موضوع معين، ولكنها بخصوص الموضوع الذي تقدم فيه لا تكون لها إلا قيمة مبدأ ثبوت بالكتابة[3] والورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يتعين أن تكون متعلقة بالواقعة المراد إثباتها، ومقدمة في الدعوى أو أن يكون المتمسك بها ضده مقرا بوجودها[4]، وأن مسألة توافر الورقة المكتوبة من عدمه من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها شرطا قانونيا.

المشرع الفرنسي توسع في تفسير المقصود بالكتابة كشرط من شروط بداية الحجة بالكتابة إلى درجة أصبح هذا الشرط بدون موضوع فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 420.

[2] نشأت أحمد، مرجع سابق، ص 413.

[3] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 323.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 561.

اعتبار الشريط الممغنط بداية مبدأ ثبوت بالكتابة رغم عدم وجود كتابة بالمعنى المراد في قانون الإثبات، كما نص المشرع الفرنسي في المادة 1347 على أنه يعتبر في حكم بداية الحجة بالكتابة أقوال الخصوم لحظة مثولهم أمام القضاء عندما لا ترقى إلى مستوى الإقرار القضائي.

ثانيا- صدور هذه الورقة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو ممن يمثله

حتى تعتبر الورقة بداية مبدأ الثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه، وتعتبر الورقة كأنها صادرة من الخصم إذا كانت صادرة عن شخص يمثله كوكيل، أو وصي أو مورث بغض النظر عن مركز هذا الخصم في الدعوى مدعيا أو مدعى عليه[1].

إن صدور الكتابة عن الخصم لا يقصد به فقط الصدور المادي وإنما يشمل أيضا الصدور المعنوي ويقصد بالصدور المادي أن تكون مخطوطة بخط الخصم أو موقعا عليها أو بكلا الأمرين، ويقصد بالصدور المعنوي اعتراف الخصم بخطه أو توقيعه ويقصد به أيضا اعتبار الخصم للورقة التي لم يكتبها أو يوقعها صادرة منه.

ولا يشترط أن يدل مضمون الكتابة على دلالة صريحة وبشكل مباشر على طبيعة التصرف، وإنما يجب في مضمون الكتابة أن يجعل هذا التصرف قريب الاحتمال.

مع الملاحظة أن الخصم الذي يحتج عليه بورقة باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكنه الطعن في صحة صدورها منه عن طريق الطعن بالتزوير إذا كانت رسمية أو بطريق الإنكار إذا كانت عرفيـة فإذا تم ذلك فلا يعتد بالورقة إلا إذا ثبتت صحتها ، ومسألة

[1] نشأت أحمد، مرجع سابق، ص 415.

صدور الكتابة من الخصم أو من يمثله تخضع رقابة المحكمة العليا لأنها مسألة قانونية[1].

ثالثا:أن يكون من شأن هذه الورقة أن يضحى وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال:

يعنى هذا الشرط أنه لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة أن يكون من شأن الكتابة الصادرة عن الخصم أو من يمثله جعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال[2]. بمعنى أن يكون مضمون الورقة المكتوبة من شأنه جعل الأمر المدعى به والمراد إثباته قريب الاحتمال، أي مرجح الحصول لا ممكن الحصول، وإذا كانت الكتابة (المادية أو المعنوية) صادرة عن الخصم ولكنها لا تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، فإن هذه الكتابة لا تصلح أن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة. ولا يتطلب في الكتابة أن تجعل حدوث التصرف مؤكدا. لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يعد دليلا كاملا بل يجب تكملته بشهادة الشهود أو القرائن[3] ، وفقدان هذا الشرط يعني إهدار مبدأ الثبوت بالكتابة، وإذا تحقق هذا الشرط فإنه يدل على أن ما ادعى به صحيح وهو دليل كتابي ناقص، والثابت في هذا الشرط أو الركن حسب بعض دارسي القانون أنه لا يوجد معيار لمعرفة ما إذا كان التصرف المدعى به قريب الاحتمال لأن الأمر يتعلق بمسألة موضوعية تتباين من موضوع لآخر وحسب الظروف ويرجع تقديرها إلى سلطة قاضي الحكم، ولا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا[4].

رابعا– الاستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة لقبول التوقيع الالكتروني في الإثبات:

إن مبدأ الثبوت بالكتابة يشترط وجود ورقة مكتوبة صادرة ماديا أو معنويا عن الخصم يستند إليها كدليل ناقص يكمل بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات الالتزام أو التصرف،

---

[1] فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص 180.

[2] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 325.

[3] هجرة مصطفي مجدي، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1994، ص 506.

[4] خطاب طلبة وهبة، دروس في أحكام الالتزام والإثبات بدون دار نشر، سنة 2005، ص33.

والمشرع لم يتطرق إلى تحديد نوع الكتابة ولم يشترط نوعا خاصا من الكتابة، وبذلك يفهم أية كاتبة سواء كانت تقليدية أو إلكترونية، وبما أن إحدى عناصر المحرر الالكتروني الكتابة الالكترونية، وأن هذه الكتابة لم تكن تستوعبها قواعد الإثبات التقليدية مما ترتب عنه رفض قبول المحرر الالكتروني كدليل إثبات التصرفات، ومنه عدم قبول الكتابة الالكترونية الصادرة من الخصم كمبدأ للثبوت بالكتابة، فالمشكلة كانت مرتبطة بعدم الاعتداد بالكتابة الالكترونية.

والسؤال الذي يطرح: هل يمكن اعتبار المحرر الموقع إلكترونيا بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة في مرحلة ما قبل صدور تشريعات منظمة لحجية التوقيع الالكتروني؟

الإجابة على هذا السؤال تحتم ضرورة التطرق إلى الآراء الفقهية المختلفة التي قيلت في هذه المسألة والتي يمكن إجمالها في رأيين:

الرأي الأول: يرى هذا الرأي عدم إمكانية اعتبار المحرر الموقع إلكترونيا، أو مخرجات جهاز الحاسب الآلي مبدأ ثبوت بالكتابة مستندين في رأيهم إلى أن الكتابة الالكترونية تختلف بخصائصها عن الكتابة التقليدية مما يحول دون عد المحرر الالكتروني دليلا كتابيا، وبالتالي عدم عد الكتابة الالكترونية من الأشكال التي تصلح لأن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة[1].

بالإضافة إلى أن الآلة بشكلها الالكتروني لا يمكن أن يستخرج منها سند أصلي ونسخة من هذا الأصل يمكن تمييزها عن النسخ المستنسخة[2]، وحسب هذا الرأي فإن أي مستند تخرجه الآلة الإلكترونية ما هو إلا تكرار للأصل الذي يمكن طبعه بعدد غير محدود، كما أن مبدأ الثبوت بالكتابة نص عليه القانون من أجل تخفيف عبئ الإثبات وليس إرهاق

---

[1] جميعي حسن عبد الباسط، مرجع سابق، ص 62.

[2] سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص 33.

الأطراف بالبحث عن طريقة الإثبات المناسبة[1].

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنه من الممكن اعتبار المحرر الموقع إلكترونيا بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة مع ضرورة التمييز بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: حالة ما إذا كان المحرر الالكتروني موقعا من الطرفين واتبعت في شأنه وحفظه واسترجاعه وسيلة تقنية جديرة بالحفاظ عليه من أي اختراق، أو تغيير في بياناته من طرف الغير ففي هذه الحالة فقط يمكن للطرفين الاحتجاج به واستكماله بشهادة الشهود أو القرائن أو الخبرة حتى يكون دليلا قانونيا كاملا[2].

ومن التطبيقات القضائية على هذه الفرضية الأحكام التي صدرت عن القضاء الفرنسي بخصوص بطاقات السحب الإلكتروني، والتي مفادها أن وجود البطاقة والرقم السري في يد العميل وبحوزته قرينة تكمل المحرر الذي قدمه البنك والذي يحمل التوقيع الالكتروني للعميل، ويعد بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة يستدل به على وجود وصحة التصرف القانوني المبرم بين البنك والعميل.

الفرضية الثانية: وهي الحالة التي يتم فيها استخراج المحرر الإلكتروني من إحدى المؤسسات التي تعتمد على الرقمية في عملها، أي تتوفر على نظام معلوماتي عالي التقنية مما يمنح المحرر الالكتروني ضمانات الثقة والأمان بين المتعاملين إلكترونيا، وبالتالي لا يمكن لهذه المؤسسة الاحتجاج بذلك المحرر تجاه الغير لأن في ذلك تعارض مع قاعدة لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، بخلاف الغير الذي يمكنه أن يتمسك بهذا المحرر الالكتروني في مواجهة المؤسسة التي أصدرت، وفي حالة عدم توفره على الشروط اللازمة لاعتباره دليلا كاملا في الإثبات له حجية المحرر الكتابي فإنه

---

[1] سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص 32.

[2] ثروت عبد الحميد، مرجع السابق، ص 415.

يمكن اعتباره مبدأ الثبوت بالكتابة.

خامسا- الموقف بعد صدور تشريعات تنظم التوقيع الالكتروني وتعترف له بالحجية

لقد اعترفت التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني بحجية عناصر المحرر الالكتروني وساوت بينهما وظيفيا مع عناصر المحرر التقليدي، ومع هذا الإقرار لم تعد الكتابة الالكترونية عائقا لذلك يمكن القول بأن شرط الكتابة قد تحقق خاصة وأنه اعتبر التلكس مبدأ الثبوت بالكتابة شأنه شأن شريط التسجيل، وكذلك مخرجات الحاسب الآلي تصلح لأن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة إذا كانت الكتابة صادرة من الخصم وتجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

وعن مدى قابلية تلك النصوص للتطبيق على المحررات الالكترونية في حالة عدم قبولها كدليل كتابي كامل في الإثبات، ومن أهمها المحررات التي تتم عن طريق الانترنت غير المصحوبة بتوقيع الكتروني منسوب لصاحب هذه الكتابة فإن هذه المحررات وإن لم تكن صادرة من الخصم بالمفهوم الضيق فإن وجودها على الوسيط الالكتروني واستخراج صورة منها يعد قرينة قوية على صدور الكتابة من المدعى عليه بما يسمح باعتبار هذه المحررات مبدأ الثبوت بالكتابة[1].

والشخص الذي يحتج في مواجهته بالكتابة لا يشترط فيه أن يكون الفاعل المادي للورقة، سواء بكتابتها أو توقيعها ويكفي أن يكون هو من أملى نصها على الغير، أما بخصوص مخرجات الحاسب الآلي فيرى جانب من الفقه أنه إذا كانت الجهة المستعملة للحاسب هي التي تقوم بجميع مراحل معالجة المعلومة الكترونيا لتخرج النتائج بعد ذلك على أحد مخرجات الحاسب الآلي فإن الكتابة هنا تكون صادرة من الجهة المستعملة بحسابها

[1] محمد أحمد محمد نور جستنية، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق ، 2005، ص171.

الآلي.

أما في الحالات التي يشترك فيها الطرفان فإنه لا يوجد معيار لتحديد نسبة الكتابة لأحد الطرفين، ومنه يجوز لكل واحد منهما التمسك لهذه الكتابة وأن يحتج بها باعتبارها مبدأ الثبوت بالكتابة[1].

إن اعتبار المحرر الالكتروني المقرون بتوقيع الكتروني مجرد مبدأ الثبوت بالكتابة يعني التسليم بأن الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني أقل مرتبة من الكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي في الإثبات يتعارض مع النصوص القانونية المنظمة للإثبات الالكتروني والتي أقرت مبدأ المساواة في الحجية مع المحرر التقليدي من جهة ومن جهة ثانية السماح للقاضي بتقدير قيمة المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني في الإثبات يتعارض مع متطلبات التعاقد عبر الوسائط الالكترونية[2]. هذا ما يجعلنا نخلص إلى أن المحررات الالكترونية غير المصحوبة بتوقيع الكتروني تصلح لأن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة إذا كانت هذه الكتابة الالكترونية صادرة ممن يحتج بها عليه أو من ممثله ومتى كان من شان الكتابة أن يضحى وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال.

الفرع الثاني

وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي وحجية التوقيع الالكتروني

تنص المادة 336 من القانون المدني الجزائري على انه: " يجوز الإثبات أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة:

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي...."

[1] محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص127.

[2] محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص 62.

كما نصت أيضا المادة 63/أ من قانون الإثبات المصري على أنه: <<يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي>>.

مؤدى هذه النصوص القانونية أنه في الأحوال التي يتعذر فيها الحصول على دليل كتابي يجيز القانون لمن يقع عليه عبء الإثبات أن يثبت ما يدعيه بشهادة الشهود، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكانية الحصول على دليل كتابي، وإذا وجد مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي تحتم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بمستحيل[1]، بمعنى أن الدليل الخطي لا يكون ملزما متى وجدت استحالة في الحصول عليه، وهنا لا تكمل أدلة الإثبات المقدمة الدليل الكتابي وإنما تحل محله بعد إن استحال الحصول عليه، ولا يعمل بهذا الاستثناء إلا في حالة وجود استحالة مادية أو معنوية تمنع من الحصول على سند خطي، أي حين يتعذر على المتعاقد إبرام عقد مكتوب في زمان ومكان نشوء العقد، وأن مجال الاستثناء الذي نحن بصدده هو التصرفات القانونية مما يترتب عليه أن المانع الذي يبرر قيام هذا الاستثناء ليس مانعا مطلقا وإنما هو مانع نسبي عارض لا يرجع إلى طبيعة التصرف بل إلى ظروف انعقاده[2].

والمراد بالمانع النسبي العارض هو أن استحالة الحصول على الكتابة مقصورة على شخص أو أشخاص معينين نتيجة ظروف التعاقد ومنه يخرج من نطاق هذا الاستثناء الوقائع التي لا يمكن الحصول فيها مطلقا على دليل كتابي، ففي الوقائع المادية يكون المانع من الحصول على الدليل الكتابي مطلقا ويجوز فيها الإثبات بكافة طرق الإثبات[3].

وقيام المانع من الحصول على دليل كتابي يجيز للمحكمة قبول الإثبات بشهادة الشهود

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص359.

[2] سليمان مرقس، مرجع السابق، ص 546.

[3] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 559.

فيما كان يجب إثباته بالكتابة، سواء كان ذلك تصرفا مدنيا تجاوز قيمة نصاب الشهادة، أو كان أمرا يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة، أو كان تصرفا قانونيا يشترط القانون إثباته بالكتابة ولو لم تتجاوز قيمته نصاب الشهادة مع الملاحظة أن ثبوت قيام المانع من الحصول على دليل كتابي لا يجيز الإثبات بشهادة شهود بالنسبة للتصرفات الشكلية لأن الشكل ركنا في الانعقاد وتخلفه يترتب عنه البطلان[1].

والمانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي إما أن يكون مانعا ماديا أو مانعا معنويا.

أولا- المانع المادي

هو كل ظرف مادي خارج عن إرادة الشخص عند انعقاد التصرف يحول بين الشخص وبين حصوله على دليل كتابي[2]، وهو أيضا الأمر الذي يمنع بطبيعته الحصول على دليل كتابي[3]، ومن أمثلة المانع المادي وقوع حادث مفاجئ كالحريق أو الفيضان أو غزو يحول دون حصول الشخص على كتابة تؤيد تعاقده ويشترط في المانع المادي أن يكون على درجة من الجسامة وغير متوقع الحدوث، بحيث لا يكون هناك وقتا كافيا لاقتضاء دليل كتابي من الشخص الآخر، أو أن تكون وسائل الكتابة غير متوفرة، أو عدم وجود من يكتب.

هذا ما نص عليه التشريع الأردني في المادة 30 من قانون البيانات ويرى الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري أن (المانع المادي في الحالة الأخيرة التي جاء بها قانون البيانات الأردني مانعا خاصا لا يعتد به إلا في القوانين التي تنص عليه).

---

[1] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 578.

[2] منصور محمد حسين، مرجع سابق، ص52.

[3] نشأت أحمد، مرجع سابق، ص379.

أما الرأي المخالف يمثله الدكتور سليمان مرقس معتبرا أن القوانين التي لم تنص على هذه الحالة اكتفت بالمانع المادي بوجه عام، ولم تحدد أو تبين صوره ولأن القوانين الأخرى ذكرت بعض صور المانع المادي بما فيها القانون الفرنسي ومسلم أنها ذكرت تلك الصور على سبيل البيان وليس على سبيل الحصر، وأن تقدير المانع مسالة موضوعية متروكة لتقدير القضاء فإذا توصل من ظروف التصرف أنه لم يكن ثمة من يستطيع كتابة سندا بذلك التصرف عند إبرامه أعتبر ذلك مانعا يسوغ معه إثبات التصرف بالبينة، ولو لم ينص القانون على هذه الصورة من الموانع[1]، ومادامت مسألة المانع المادي مسألة موضوعية فعلى القاضي عند تسبيب حكمه أن يبين ظروف الاستحالة المادية، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا بهذا الخصوص[2].

ثانيا- المانع المعنوي (الأدبي)

قد يكون المانع معنويا إذا عاد إلى ظروف أدبية تجعل الدائن يمتنع من الناحية الأدبية، أو النفسية عن مطالبة مدينه بدليل كتابي، وغالبا ما تكون هذه الظروف ناتجة عن وجود علاقة قرابة أو مصاهرة أو ناتجة عن العرف والعادة، واستحالة الحصول على دليل كتابي في هذه الحالة لا يرجع إلى ظروف مادية أو خارجية تحيط بالتعاقد، وإنما ترجع إلى اعتبارات وظروف نفسية أدبية تقوم في الوقت الذي تم فيه التصرف من المطالبة بالدليل الكتابي، لذلك يعد تقدير الاستحالة الأدبية أكثر صعوبة من تقدير الاستحالة الناتجة عن المانع المادي.

لأن القاضي في هذه الحالة يبحث عن الظروف التي أحاطت بإبرام التصرف القانوني وانعكاسها على نفسية الطرفين لتقدير ما إذا كانت هذه الظروف تشكل مانعا معنويا يمنع

[1] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 330.

[2] شنب محمد لبيب، دروس في الإثبات، مطبعة كريدية بيروت ، 1971، ص 139.

من الحصول على الدليل الخطي[1].

ومن الأمثلة التي ذكرها المشرع المصري في الأعمال التحضيرية للقانون المدني على المانع الأدبي التي تمنع بطبيعتها الحصول على دليل كتابي–صلة القرابة كالبنوة–الأخوة الصلة الزوجية–علاقة الخادم بمخدومه، وكذلك تعد مانعا أدبيا علاقة الصداقة التي تربط بين الأطراف وعلاقة الطبيب بمرضاه[2].

أما بخصوص قانون البيانات الأردني فقد اعتبر القرابة بين الزوجين أو بين الأصول والفروع وبين الحواشي إلى الدرجة الثالثة مانعا أدبيا، أو بين الزوجين وأب الزوج الآخر، وأن هذا المانع الأدبي يزول إذا اعتاد الطرفان على إبرام تصرفات قانونية بينهما كتابة، في هذه الحالة لا يمكن لأي منهما الإدعاء بوجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

ثالثا– قبول التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات استنادا إلى حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي

مسألة قبول التوقيع الالكتروني كدليل إثبات في التعاقدات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية أو الانترنت استنادا إلى حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء بل أن الآراء الفقهية قد جاءت متباينة في هذه المسألة وكل رأي يستند في موقفه إلى حجج خاصة به:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة لا تعتبر من الموانع الحائلة دون الحصول على دليل كتابي، لأن المتعاقد غير مضطر أو مجبر

[1] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 413.

[2] المومني بشار طلال، حجية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في كلية الحقوق، جامعة اليرموك الأردن من12–14 تموز 2004، ص 11.

على توثيق التصرف القانوني عبر الوسائط الالكترونية بل العكس هو الصحيح، فالمتعاقدين بإمكانهم توثيق تصرفاتهم بالكتابة ومن ثم الحصول على دليل كتابي يثبت التصرف، غير أنهم يلجأون إلى توثيق بالوسائط الالكترونية نظرا لما تتمتع به هذه الطريقة من سرعة وسهولة في إتمام التصرف، بمعنى آخر أن التعاقد عبر الانترنت أمر اختياري وليس إجباري ومنه يمكن للأطراف الاستعاضة بالكتابة التقليدية عن الكتابة الالكترونية لأن التعاقد عن طريق الانترنت ليس الطريق الوحيد للتعاقد[1].

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد عبر شبكة الانترنت يمثل نوعا من الاستحالة المادية المانعة من الحصول على دليل أو سند كتابي لأن التعاقد عبر الوسائط الالكترونية التي تتوفر فيه الشروط والعناصر اللازمة لإنشاء دليل كتابي بسبب الطبيعة اللامادية للوسائط الالكترونية، بالإضافة إلى أن طرفي العقد الذي يتم عبر شبكة الانترنت غالبا يكونان في أماكن متباعدة مما يحول دون الحصول أو تبادل أدلة كتابية لأن التصرف يبرم في مجال افتراضي.

انتقد هذا الرأي على أساس أن غياب السند الكتابي ليس بالأمر الفجائي، وإنما كان مسلك إرادي للطرفين، بالإضافة إلى أنه بعد صدور تشريعات منظمة للتوقيع الالكتروني وتعترف بحجية عناصر الدليل الالكتروني لم يعد هناك تخوف من رفض الدليل الالكتروني، ولم يعد عامل اختلاف المكان عقبة أمام الحصول على دليل لإثبات التصرفات، بالإضافة إلى إمكانية إبرام محررات الكترونية وتبادلها بين الأطراف المتعاقدة.

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد عبر الوسائط الالكترونية يمثل استحالة أدبية أو معنوية حائلة دون الحصول على الدليل الكتابي الكامل، لأن العادة السائدة في

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 184.

مجال التعاقد عبر الوسائط الالكترونية أو الانترنت أن يتم بطريقة الكترونية، وأن تحفظ بيانات هذا التصرف الكترونيا وما تجري عليه العادة والعرف يعد مانعا معنويا يبرر الإثبات بغير الكتابة[1]، ويرجع تقدير وجود عادة تمنع الحصول على دليل كتابي لسلطة القاضي التقديرية[2].

غير أنه وفي ظل قواعد الإثبات الحالية وفي ظل غياب الاجتهاد القضائي في هذا الشأن يصير من الممكن التذرع بالاستحالة لإضفاء الحجية على الوسائل الالكترونية والاستعانة بها كوسيلة إثبات في العقود المبرمة عبر الانترنت، ويرجع تقدير وجود الاستحالة إلى قاضي الموضوع.

الفرع الثالث

فقد الدليل الكتابي بعد تكوينه بسبب أجنبي وحجية التوقيع الالكتروني

لقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 336 من القانون المدني على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة:

-إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه".

كما نصت أيضا المادة 63/ب من قانون الإثبات المصري على أنه: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه".

من خلال النصوص القانونية المذكورة يتضح جليا وأن هذا الاستثناء يفترض مراعاة

---

[1] ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص 78.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص459.

القواعد الخاصة بالدليل الكتابي عند إنشاء التصرف، غير أنه تعذر الإثبات بالكتابة لفقد هذا الدليل، بمعنى أن الدليل الكتابي قد توافر، أو كان بإمكان الدائن الحصول عليه إلا أنه وبسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه فقد منه هذا الدليل الكتابي من دون أي إهمال، أو تقصير فقد أجيز له الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة[1].

بمعنى أن المشرع أورد استثناء على الأصل وهو الإثبات بشهادة الشهود لإثبات الواقعة المدعاة التي كان يجب إثباتها في الأصل كتابة، ويلاحظ أن هذا الاستثناء أوسع مجالا من الاستثناء السابق إذ أنه إذا كانت شهادة الشهود تحل محل الدليل الكتابي.

سواء في إثبات ما يجاوز النصاب المحدد أو إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة، وفي إثبات الحالات التي أوجب فيها المشرع الكتابة أي كانت قيمة التصرف كما في عقد الصلح وعقد الوكالة إلا أنه في هذا الاستثناء تحل شهادة الشهود أيضا محل الدليل الكتابي في إثبات التصرفات الشكلية التي تعد فيها الكتابة ركنا أساسيا، وهذا لا يمكن تحققه في الاستثناء الأول لعدم وجود دليل كتابي أصلا، وكل ما يلزم في هذه الحالة إثبات أن السند المفقود كان مستوفيا للشكل الذي يشترطه القانون[2]، وللإثبات لشهادة الشهود في هذه الحالة يتعين على الدائن (المدعي) إثبات أمرين:

أولا– سبق وجود سند كتابي

يقع على عاتق من يدعي فقد الدليل الكتابي عبء إثبات سبق وجود هذا الدليل لديه[3]، أي أن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلا، وأنه كان مستوفيا لجميع شروطه القانونية إن كان من قبيل المحررات الشكلية، إضافة إلى إثبات تعلق هذا الدليل بالواقعة محل

[1] عبد الودود يحي، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية 1988، ص127.
[2] توفيق فرج، مرجع سابق، ص 141.
[3] حمود عبد العزيز المرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون دار للنشر، 1995، ص233.

الإدعاء، وللمدعي أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لأن الإثبات هنا يتعلق بأمور مادية، كما يشترط في السند الواجب إثبات سبق وجوده أن يكون دليلا كتابيا كاملا، فلا يكفي أن يثبت المدعي أن السند المفقود كان مجرد بداية حجة بالكتابة (مبدأ الثبوت بالكتابة).

ثانيا– فقد السند الكتابي بسبب أجنبي

المراد بذلك أن يكون الفقدان بسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه كالحريق أو الفيضان مثلا أما لو كان فقد السند راجعا لخطأ المدعي فلا يستفيد من هذا الاستثناء. بمعنى أنه يجب على المدعي أن يثبت سبق وجود الدليل الكتابي، وأن يثبت أيضا أن فقد السند كان بسبب أجنبي لا يد له فيه وقد يرجع سبب فقد السند إلى المدعى عليه كما لو كان هذا الأخير قد انتزع السند من المدعي عنوة أو سرقة، أو يكون فقد السند بسبب الغير ويشترط البعض لاعتبار سبب فقد الدليل الكتابي أجنبيا أنه يجب أن يكون غير متوقع، ولا يمكن تجنب حصوله، ويرى البعض الآخر لاعتبار سبب الفقد أجنبيا أن يثبت الدائن أنه لم يقصر في المحافظة على الدليل الكتابي[1]، ومنه إذا استطاع الدائن إثبات شرط سبق وجود السند الكتابي وشرط فقدان الدليل الكتابي بسبب أجنبي جاز له الإثبات بشهادة الشهود والقرائن بدلا من الإثبات بالكتابة، أي كانت قيمة التصرف القانوني وكذلك الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز الكتابة أو ما يتضمنه الدليل الكتابي.

ثالثا– الاستعانة بفقد الدليل لسبب أجنبي لقبول التوقيع الالكتروني في الإثبات

قبل صدور التشريعات المنظمة للتوقيع الالكتروني وإقرار لها حجية كاملة في الإثبات أنكر على المحررات الالكترونية الموقعة الكترونيا بالاستفادة من هذا الاستثناء، وذلك لعدم استكمال المحرر الالكتروني للعناصر اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي لأن عنصر الكتابة الالكترونية لا تستوعبها قواعد الإثبات التقليدية.

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص468.

غير أنه وبعد صدور تشريعات منظمة للإثبات الالكتروني، وإقرار حجية لعناصر الدليل الالكتروني ذهب البعض غلى القول بإمكانية إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر الوسائط الالكترونية أو الانترنت بشهادة الشهود في حالة فقد الدليل الالكتروني حسب الشروط المذكورة مع الاختلاف والتوسع في شرط الفقد لسبب أجنبي فالفقد في المحررات الالكترونية بالإضافة إلى الأسباب المعروفة بخصوص الدليل التقليدي إلا أن سبب فقد المحرر الالكتروني قد يكون انقطاع الكهرباء مما يؤدي إلى إتلاف المحرر الالكتروني وقد يرجع سبب الفقد إلى فيروس يدخل قاعدة بيانات الحاسب الآلي فيتلف مضمون المحرر الالكتروني.

الخاتمة

خـــــاتـمة

يستقطب موضوع حجية التوقيع الإلكتروني اهتمام الدارسين ورجال القضاء على حد سواء، لما له من أهمية من الناحية العملية، فالإثبات هو الوسيلة القانونية العملية التي يعتمد عليها الأشخاص في صيانة حقوقهم والمحافظة على مصالحهم، والأداة الضرورية التي يعول عليها القضاء في التحقق من الوقائع القانونية التي تعرض عليه، فالحق بالنسبة لصاحبه لا نفع منه ولا قيمة له إن لم يكن هناك دليل لإثباته .

وموضوع التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات فكرة حديثة ، فهذا النوع من التوقيع فرضه الوجود الرقمي لنظام المعلومات، وهو حاصل التطور التكنولوجي واستخدام الوسائط الالكترونية في معالجة البيانات، فقد ظهرت للواقع العملي وسائط حديثة في إبرام التصرفات القانونية تختلف عن الوسائل التي ألف الأشخاص استخدامها، ومع الدخول الفعلي لهذه الوسائط حيز إبرام التصرفات القانونية، ظهرت مصطلحات جديدة في المجال القانوني الأمر الذي ترتب عليه طرح تحديات جديدة على الصعيد القانوني، تتمثل في مدى استيعاب القواعد العامة للإثبات لهذه المصطلحات المستحدثة، خاصة وأن التجارة والمعاملات القانونية الالكترونية تعتمد في إتمام معاملاتها على استخدام وسائل إلكترونية حديثة بديلا عن الوسائل التقليدية التي تعتمد الكتابة الورقية والتوقيع الخطي، فهذه الأخيرة لا تتناسب مع طبيعة المعاملات الالكترونية، وانطلاقا من ذلك وجدت الحاجة إلى ضرورة تطوير هذه القواعد لكي تستوعب المصطلحات الجديدة أو المستحدثة .

إن التوقيع الخطي التقليدي بأشكاله المختلفة يعتبر العنصر الثاني بعد الكتابة في المحررات الورقية وهو الشرط الوحيد لصحة المحررات المعدة للإثبات، والسبب في جوهرية التوقيع تنبع من وظائفه، لأنه يعبر عن إرادة الشخص الموقع في الالتزام بما ورد في المحرر كما أنه يحدد هوية هذا الشخص، غير أن تغيير نوع الدعامة من الورقية إلى الالكترونية جعل من استخدام التوقيع التقليدي غير ملائم لهذه الدعامة.

مما استوجب البحث عن وسيلة يعوض بها عن التوقيع التقليدي وتؤدي مهامه ووظائفه أين تم التوصل إلى وسيلة أطلق عليها التوقيع الالكتروني.

إن ظهور فكرة التوقيع الالكتروني غيّرت من مفهوم التوقيع التقليدي، إذ تراجع هذا الأخير بعد دخول التوقيع الإلكتروني مجالات الحياة المختلفة، واستخدامه كأداة لتوثيق مختلف المعاملات الالكترونية، لأنه يعد وسيلة حديثة لتحديد هوية صاحب التوقيع وانصراف إرادته إلى الالتزام بما وقع عليه، أي يعبر عن رضائه بالتصرف القانوني الموقع عليه، مما يعني أنه يؤدي ذات الوظائف التي يؤديها التوقيع التقليدي، إلا أنه ينشأ عبر وسيط إلكتروني، وهذا استجابة لنوعية المعاملات والتصرفات القانونية التي تتم عبر الانترنت أو من خلال وسائط الكترونية، فحيث تبرم التصرفات والمعاملات القانونية إلكترونيا وجب أن يتم التوقيع عليها إلكترونيا، وبما أن التوقيع الالكتروني من المفاهيم المستحدثة في الفكر القانوني، فقد صدرت تشريعات دولية وإقليمية ووطنية تنظم أحكام التوقيع الالكتروني بشكل خاص والإثبات الالكتروني بوجه عام، هذه النصوص القانونية جاءت بتعريف عام للتوقيع سواء كان توقيعا تقليديا أو توقيعا الكترونيا أو أي شكل آخر يظهر في المستقبل.

إن الإجراءات التقنية التي يتم إتباعها لإنتاج التوقيع الالكتروني ليست واحدة، وإنما تتعدد وتتنوع تبعا للتقنية التكنولوجية، ممّا يفرز أشكالا مختلفة للتوقيع الالكتروني، وأساس الاختلاف يكمن في اختلاف التقنية المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع الالكتروني، فمنها ما يعتمد على الخواص الطبيعية والفيزيائية للإنسان، وهو ما يسمى بالتوقيع البيومتري ومنها ما يعتمد على المفاتيح التماثلية واللاتماثلية، وهو ما يسمى بالتوقيع الرقمي، ومنها ما يستخدم طريقة ضغط المفتاح المخصص للتعبير عن التوقيع، وغيرها من الأشكال الأخرى غير أن أشكال التوقيع الالكتروني ليست على درجة واحدة من حيث القوة الثبوتية .

خـــــاتـمة

إن تطبيقات التوقيع الالكتروني لا تنحصر فقط في توثيق التصرفات التي تتم عبر وسائط الكترونية، وإنما تستخدم في مجالات أفرزتها التجارة الالكترونية مثل: وسائل الدفع الالكترونية والنقود الالكترونية والأوراق التجارية الالكترونية والاعتماد المستندي الالكتروني والحكومة الالكترونية.

لقد تبين لنا من خلال هذا الموضوع أن التوقيع الالكتروني حتى يمكنه أن يؤدي ذات وظائف التوقيع التقليدي، فلا بد أن يتوافر فيه عنصري الثقة والأمان، حتى يحوز على ثقة المتعاملين، وبالتالي مساواته مع التوقيع العادي، ونظرا لغياب العلاقة المباشرة بين الأطراف في معظم التصرفات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية، وخاصة الانترنت فإن عنصر الثقة والأمان في هذه التصرفات أساسي، ولأن مسألة منح الحجية للتوقيع الالكتروني مرتبطة في الأساس بدرجة الأمان التي يتمتع بها التوقيع الالكتروني في المعاملات الالكترونية .

إن التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني، ومن أجل إضفاء عنصر الأمان والثقة على التوقيع الالكتروني، أوجدت طرفا ثالثا وظيفته ومهمته توطيد العلاقة وتوثيقها بين أطراف التصرف، وذلك من خلال شهادة يصدرها تتضمن مجموعة من البيانات تعمل على تأكيد العلاقة بين الموقع وتوقيعه، وهو ما يعرف بمؤدي خدمات التصديق الالكتروني أو مزود خدمات التصديق الالكتروني، هذه الهيئة إما أن تكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا يفوض له القيام بهذه المهمة وفقا للشروط التي يحددها كل تشريع، هذه التشريعات جاءت منظمة لكيفية اعتماد مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وتحديد التزاماتها، ونظرا لأهمية الدور الذي تقوم به المتمثل في دور الوسيط المؤتمن في إبرام التصرفات الالكترونية فإنه تم إقرار مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المدنية والجزائية عن كل خطأ يرتكبه ويلحق ضررا بالأطراف المتعاقدة أو بالغير.

وعندما يتم إنشاء توقيع الكتروني وفقا لتلك الإجراءات بشكل سليم، فإنه يصبح قادرا على تحقيق أعلى مستوى من الأمن يتفوق فيه على التوقيع التقليدي، كونه يحقق سلامة بيانات المحرر الالكتروني، وقدرته في الحفاظ على سرية المعلومات المدونة في المحررات الموقعة الكترونيا.

ونظرا لعجز قواعد الإثبات التقليدية عن إيجاد حلول جذرية لإشكالية المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات من خلال استيعابها، خاصة وأن هذه الإشكالية لم تعد حكرا على القوانين الوطنية وفي نطاق إقليمي ضيق، الأمر الذي استدعى المعالجة على مستوى القوانين الدولية والإقليمية، وهذا بسبب نمو التجارة الدولية وتغييب الأطراف المتعاملة للعناصر المادية ضمن هذه المعاملات واعتمادها على فضاء افتراضي، لذلك فقد تمت معالجة مسألة الإثبات بالوسائط الالكترونية على المستوى الدولي من خلال قانوني الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001، واللذان عملا كل في نطاقه على تأهيل الكتابة والتوقيع الالكترونيين وفقا لمعايير موضوعية تستند إلى مبادئ تتسم بالمقاربات الوظيفية المماثلة للكتابة الورقية والتوقيع الخطي.

كما تم التطرق إلى المقاربة القانونية ذات البعد الإقليمي المتمثلة أساسا في جهود اللجنة الأوربية، وما توصلت إليه في التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية المؤرخ في 1999/12/13، وتبعا لذلك تم استعراض موقف التشريعات الوطنية المنظمة للإثبات الالكتروني، هذه الأخيرة تبنت مبدأ التكافؤ بين عناصر الدليل الكتابي التقليدي وعناصر الدليل الالكتروني .

خـــــاتـمة

معترفة بحجية عناصر الدليل الالكتروني في الإثبات، ومنحته ذات الآثار القانونية التي ترتبها عناصر دليل الإثبات التقليدي بشرط توفر التوقيع الالكتروني على الضوابط الآتية :

- أن تكون وسائل إنشاء التوقيع الالكتروني خاصة بالموقع وتحت سيطرته.
- أن يرتبط التوقيع الالكتروني ببيانات المحرر، مما يتيح كشف أي تلاعب بها.
- أن يؤدي التوقيع الالكتروني إلى تحديد هوية الموقع والتعبير عن قبول الالتزام الوارد بالمحرر الالكتروني.
- ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع دون غيره.

ومن أجل قبول المحررات الالكترونية في الإثبات بذات الحجية المقررة للكتابة التقليدية يجب أن تتوفر في الكتابة الالكترونية الشروط الآتية :

- قابلية المحرر الالكتروني للقراءة وإمكانية الاطلاع عليه.
- شرط الحفاظ على سلامة بيانات المحرر الالكتروني واستمرار وجود الكتابة الالكترونية مدة من الزمن.
- شرط عدم الاختراق أي عدم قابلة البيانات للتعديل.

أما بخصوص مجال تطبيق التوقيع الالكتروني حسب القوانين المنظمة للإثبات الالكتروني، فانه ينحصر في التصرفات التي تكون الكتابة فيها مطلوبة للإثبات فقط، بمعنى يستثنى من مجال تطبيقه التصرفات والعقود الشكلية التي تعد فيها الكتابة ركنا أساسيا، وأن تخلف الكتابة المطلوبة قانونا يترتب عليها البطلان المطلق للتصرف، ومن بينها العقود المنصبة على العقارات وعقود الرهن وعقود تأسيس الشركات التجارية وغيرها من العقود الحافل بها القانون المدني.

وسبب استبعاد هذا النوع من العقود من مجال تطبيق التوقيع الالكتروني اشتراط شكلية معينة، وهي الكتابة الرسمية أو تلك التي تتطلب تدخل القضاء، كما في العقود القضائية، والحجية القانونية للمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني مرت بمرحلتين :

مرحلة ما قبل وجود تشريعات تعترف بالحجية القانونية للمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني، وفي هذه المرحلة لجأ الفقه إلى الاستثناءات الواردة على تقديم الدليل الكتابي للاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني، وهي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن بحسب الأصل وتتمثل في:

- مبدأ الإثبات الحر في المواد التجارية أو المعاملات التجارية.
- مبدأ الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن في المعاملات والتصرفات التي لا تزيد عن نصاب معين.

والحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن استثناء والمتمثلة في :

- مبدأ الثبوت بالكتابة.
- مبدأ وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي.

ورغم صدور تشريعات تعترف بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، وكذا المحررات الالكترونية، مازال البعض يعقد اتفاقات من أجل الإقرار بحجية عناصر الدليل الالكتروني هذه الاتفاقيات تكون صحيحة ومرتبة لآثارها القانونية مادامت لم تخالف قواعد متعلقة بالنظام العام، وتكون باطلة في الحالة العكسية، وهناك تحديات تواجه اتفاق الأطراف في حالة تضمن الاتفاق لشروط تعسفية، كما تم إبراز دور القاضي الذي يتمثل في : إمّا تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه، وذلك تبعا لقاعدة الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن.

وأن سبب الخلاف بين الفقه والقضاء حول مدى الاعتداد بالتوقيع الالكتروني في الإثبات يرجع إلى الاعتبارات الآتية :

- مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه.
- مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضده ومبدأ حياد القاضي.

إن القواعد العامة المنظمة للإثبات، سواء في ظل الاستثناءات أو وفقا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية عاجزة عن استيعاب أحكام التوقيع الالكتروني، حيث يبقى قبولها أو عدم قبولها وتقدير قيمتها مرهونا بسلطة القاضي التقديرية، هذا الأمر دفع بالتشريعات المقارنة إلى العمل على تنظيم نصوص قانونية تمنح الحجية القانونية للمحررات الموقعة الكترونيا، وبهذا زال الخلاف الذي كان قائما بين الفقه والقضاء.

ومن خلال معالجة الموضوع وتحليله تم التوصل إلى النتائج التالية :

- تباين التشريعات المنظمة للتوقيع الالكتروني في تحديد المقصود منه، فمن التشريعات من عرفته استنادا إلى الوسائل التقنية أو الفنية المعتمدة في إنشاء التوقيع الالكتروني، ولم تبين الوظائف القانونية للتوقيع، ومن التشريعات من عرفت التوقيع الالكتروني تعريفا وظيفيا أي ركزت على وظيفة التوقيع، وخلصنا من استعراض هـــذه التعريفات إلى تحديد المقصود بالتوقيع الالكتروني بأنه: مجموعة من الإجراءات التقنية كالإشارات أو الرموز أو الأرقام أو أي إجراء تقني آخر يكشف عنه العلم مستقبلا، ومرخص به من قبل الجهة المختصة باعتماد التوقيع الالكتروني مرتبطا بالتصرف القانوني وكاشفا عن هوية صاحبه ودالا عن رضائه بهذا التصرف.

خـــــاتـمة

- إن التـوقيع الالكتروني قـادر على تحقيق وظائف التوقيع التقليدي، وذلك فيما يخص تحديد هوية الموقع، وكذا قدرته في التعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون التصرف الذي وقع عليه، وتفوق التوقيع الالكتروني عن التوقيع التقليدي في الحفاظ على سلامة المحرر الموقع إلكترونيا من العبث .

- أن مجال تطبيق التوقيع الالكتروني يشمل العديد من المجالات المهمة مثل : بطاقات الدفع الالكتروني - الأوراق التجارية الالكترونية والاعتماد المستندي الالكتروني - النقود الرقمية- الحكومة الالكترونية فيما يخص جوازات السفر - بطاقات الشفاء - بطاقة التعريف البيومترية ... الخ .

- أن توفير عنصري الثقة والآمان في التوقيع يتجلى من خلال الطرف الثالث الموثوق فيه، وهو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، بحيث يضمن ارتباط الموقع بتوقيعه من خلال شهادة التصديق، هذه الأخيرة تبعث الثقة والأمان والارتياح بين المتعاملين عبر الوسائط الالكترونية أو الانترنت، وضمانة قانونية لصحة وموثوقية التوقيع الالكتروني.

- إقرار المسؤولية المدنية والجزائية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني بحسب الحالة، ومسؤوليته تكمن في التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف المتعاقد أو الغير، إما استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية أو استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ، أما المسؤولية الجزائية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني، فهي منظمة بحسب النصوص القانونية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

- تمايز مواقف التشريعات من حجية التوقيع الالكتروني، منها من طوّع أو عدّل جزئيا قواعد الإثبات العامة، لتتلاءم مع القواعد الجديدة مثل التشريع الفرنسي، وكذا الجزائري في بداية الأمر، إلا أنه وبعد صدور قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين يكـون قد قفز قفزة نوعية في مجال الإثبات الالكتروني.

بحيث نص على نوعين من التوقيع الالكتروني الموصوف، والذي منحه الحجية الكاملة، والتوقيع البسيط الذي أخضعه لسلطة القضاء في الأخذ به من عدمه .

– التشريع الجزائري أقر مبدأ التكافؤ والمماثلة بين التوقيع الالكتروني والتوقيع التقليدي من حيث الإثبات والوظائف، خاصة إذا كان التوقيع الالكتروني مصحوب بشهادة تصديق لأن التصديق هو الآلية المعلوماتية لصحة التوقيع والتأكد من موثوقيته.

– الفقه والقضاء اعترفا بحجية التوقيع الالكتروني خاصة إذا كانت المعاملة أو التصرف القانوني تم عبر الوسائط الالكترونية، لأن هذا النوع من التوقيع هو الأنسب لمثل هذه التصرفات.

– الاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني في الحالات التي يجب فيها الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن بحسب الأصل أو استثنـــاء، وهذا استنادا لمبدأ الإثبات الحر، أو في حالـــة كون التصـــرف القانوني لا يتجاوز نصاب الشهادة، أو في حالات وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، أو في حالة فقده .

– أن موضوع حجية التوقيع الالكتروني يعتبر من الموضوعات الدقيقة والحساسة في مجال الإثبات، والتي فرضها الوجود الحقيقي لنظم تكنولوجيا المعلومات، الأمر الذي دفع بالدول إلى إيجاد إطار تشريعي تنظيمي متكامل، يضفي المصداقية على التعاملات التي تتم بوسائل الكترونية ويكسبها الصيغة القانونية والحجية في الإثبات .

– إن التوقيع الالكتروني يتمتع بدرجـــة عاليـــة مـــن الأمان الفنـــي والقانوني، بشكل يمنع العبث ببياناته، وهذا الأمر يتحقق من خلال منظومة إنشاء التوقيع الالكتروني، ومنه فإن إقرار الحجية له هو من باب المنطق الذي فرضته المعاملات والتصرفات القانونية التي تتم عبر وسائط الكترونية، متجاوزة العوائق والصعوبات التي تكتنف التصرفات التقليدية.

خـــــاتـمة

وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها يجدر بنا تقديم التوصيات والاقتراحات التالية :

– ضرورة التأكيد في القوانين المختلفة على منح التوقيع الالكتروني ذات الحجية القانونية المعترف بها للتوقيع التقليدي، على ضوء التطور الكبير في النظام المعلوماتي والتوجه نحو إبرام التصرفات والعقود عبر الوسائط الالكترونية، مع تدعيم نظام الحكومة الالكترونية .

– ضرورة اشتراط حد أدنى من الخبرة الفنية والتقنية في المتقدم بطلب الحصول على ترخيص من أجل ممارسة مهمة التصديق الإلكتروني.

– ضرورة وضع قواعد وآليات خاصة، ومعايير لحفظ المحررات الالكترونية، وذلك من خلال إنشاء هيئة أو مرفق تسند له هذه المهمة مع إقرار مسؤوليته المدنية والجزائية في حالة الإخلال بواجباته، سواء أكان ذلك عمدا أو خطأ.

– العمل على سن وتقنين نصوص قانونية، لتحديد مكان انعقاد التصرفات القانونية الالكترونية، مع تحديد الاختصاص القضائي في حالة نشوب النزاع، والقانون الواجب التطبيق، خاصة إذا كانت المعاملة تتضمن عنصر أجنبي.

– ضرورة تنظيم برامج تكوينية ودورات تدريبية مكثفة لمنتسبي سلك القضاء والمحامين في مجال المعلوماتية وتقنياتها التي ترتكز عليها وسائل الإثبات، خاصة في الجانب التقني في الأدلة التي تبرم على وسائط الكترونية، على أن لا تقتصر على الجانب النظري، بل لابد من الاعتماد على الجانب العلمي الذي يمارس من خلاله آلية تكوين محرر الكتروني وتشغيل منظومة التوقيع الالكتروني.

- ضرورة استفادة المشرع الجزائري من تجارب الدول في نشاط التصديق الالكتروني لما له من أهمية في توطيد العلاقة وتوثيقها بين أطراف التصرف، وذلك من خلال الإذن للأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة بممارسة وظيفة التصديق الالكتروني ومنح رخص الممارسة.

- إعادة صياغة المادة 08 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، حتى تكون منسجمة مع أحكام المادة 09 من ذات القانون، لأن التناقض في صياغة النصوص يؤدي إلى سوء الفهم، مما ينعكس سلبا على الأطراف المتعاملة، خاصة وأن المادة 08 نصت على أنه : " يعتبر التوقيع الالكتروني وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي "، في حين أن المادة 09 تنص على أنه :" بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه أمام القضاء بسبب :

1- شكله الالكتروني.

2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة.

3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني " .

- ضرورة صياغة قانون جزائري يتعلق بالتجارة الالكترونية استرشادا بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية .

- ضرورة صياغة قانون جزائري يسمح بتنظيم محررات رسمية على وسائط الكترونية مع معالجة الأوضاع القانونية التي يجب على الموظف العمومي المختص مراعاتها عند تحريره للمحرر الرسمي الالكتروني، مثل : حضور الأطراف أمام الموظف العمومي المختص أو توقيع الشهود على هذا المحرر الرسمي الالكتروني.

خـــــاتــمة

وإمكانية الحضور الافتراضي للمتعاقدين والشهود، أو الاستعانة بالموظف العمومي المختص بمكان تواجد أحد المتعاقدين أو الشهود.

– حث الدول العربية على الاقتداء بالاتحاد الأروبي من أجل إنشاء هيئة عربية تتألف من خبراء ومختصين، تتولى إصدار التوجهات العربية بشأن المعاملات الالكترونية، مع اعتماد نظام التحكيم في فض المنازعات المتعلقة بالتصرفات والعقود الالكترونية على المستوى العربي.

تم بحمد الله وعونه

قــائـــمـــة الــمــراجـــع

أولا- باللغـــة العربيـــة

I- النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات والمواثيق الدولية

1- اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع، تاريخ الاعتماد 14 :حزيران/يونيه 1974 تاريخ اعتماد البروتوكول المعدّل للاتفاقية 11 أبريل 1980 بدء السريان 1 أوت 1988

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitatio n_period.html

2- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، تاريخ الاعتماد 11 : نيسان/أبريل 1980 بدء السريان 1 :كانون الثاني/يناير 1988

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

3- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع الصادر في 1996/07/12مع المادة 0 مكرر 1 الإضافية المعتمدة سنة 1998 ، الأمم المتحدة 2000.

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf

4- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع 2001 الأمم المتحدة ، نيويورك ، 2002 .

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf

5- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية تاريخ الاعتماد 23 :تشرين الثاني/نوفمبر 2005 ، بدء السريان 1 :آذار/مارس 2013

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html

قائمة المراجع

ب- النصوص التشريعية

ب1- النصوص التشريعية الجزائرية

1- قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالمواصلات السلكية و اللاسلكية ج ر عدد 48 بتاريخ 06 أوت 2000 .

2- قانون رقم 03-15 مؤرخ في29 شعبان عام 1424 الموافق 25 أكتوبر سنة 2003 يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المؤرخ في27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض،ج ر عدد 64 بتاريخ 26 أكتوبر 2003 .

3- قانون رقم 05-02 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري ، ج ر عدد 11 بتاريخ 09 فبراير 2005 .

4- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. ، ج ر رقم 44 بتاريخ 26 يونيو 2005 .

5- أمر رقم 06/05 مؤرخ في 18 رجب 1426 الموافق لـ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، ج ر عدد 59 بتاريخ 28 أوت 2005 .

6- قانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق لـ 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين ، ج ر عدد 06 بتاريخ 10 فبراير 2015 .

ب2- النصوص التشريعية الأجنبية

القانون المدني لكيبك

1- قانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية مصر ،ج ر عدد 16 (تابع) صادر في 4/21/ 1994.

2-قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 ، ج ر عدد 19 مكررا الصادر في 1999/5/17 .

3-التوجيه الأوربي رقم 1999/93 بشان الإطار المشترك للتواقيع الإلكترونية الصادر بتاريخ 1999/12/13

4-القانون رقم 2000/230 الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني المعدل للقانون المدني الفرنسي .

5-قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 11 أوت 2000.

6-التوجيه الأوربي رقم 31/2000 المؤرخ 8 يونيو 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية

7- توجيه رقم 46/2000 الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي المنعقد في 18 سبتمبر 2000 بشأن مباشرة ومتابعة أعمال مؤسسات إصدار الأموال الإلكترونية والتنظيم التحوطي لها

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_275/l_27520001027en00390043. pdf; The Evaluation

8- قانون رقم 85-2001 المتضمن قانون المعاملات الالكترونية الأردني ، الصادر بالجريدة الرسمية العدد رقم 4534 ، بتاريخ 31 ديسمبر 2001 .

9- قانون رقم 02 لسنة 2002 بشأن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي تاريخ التوقيع: 12-02-2002 الموافق 30 ذي القعدة 1422 ، تاريخ النشر : 16-02-2002
http://www.sca.gov.ae/arabic/legalaffairs/LegalLaws/Electronic_Trading_Transaction.pdf

ج – النصوص التنظيمية

1- مرسوم الرئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 2015/09/16 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج ر عدد 50 بتاريخ 2015/09/20 .

2- مرسوم التنفيذي رقم 162/07 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 30 مايو سنة2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01 / 123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ، ج ر عدد 37 بتاريخ : 7 يونيو 2007 .

II – المـقـالات

1- كامران الصالحي، –الطبيعة القانونية لمسؤولية مزودي خدمات التصديق، مؤتمر المعاملات الالكترونية، الإمارات سنة 2009، ص 64.منشور على موقع جامعة الإمارات العربية المتحدة ، http://www.uaeu.ac.ae تاريخ الدخول : 2015/03/17

2- الشافعي محمد إبراهيم محمود، النقود الالكترونية، الهيئة العليا لتطوير الرياض تاريخ الدخول : 2014/07/22 الموقع الالكتروني www.arriadh.com .

3- ثامر محمد الدمياطي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمات التوقيع الالكتروني دراسة تحليلية مقارنة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء التشريعي، العدد 501، القاهرة ، 2011 .

4- غازي أبو عرابي، فياض القضاة، حجية التوقيع الالكتروني دراسة في التشريع الأردني، "مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد الأول ، المجلد 20 دمشق ، 2004 .

III –المذكرات و الرسائـل الجامعية

أ – أطروحات الدكتوراه

1- إبراهيم إبراهيم عبيد آل علي، العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، مصر ، 2010 .

2- المري عايض راشد، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1998.

3- محمد أحمد محمد نور جستنية، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2005 .

4- محمد مأمون أحمد سليمان ، التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2009 .

5- عيسى غسان عبد الله ، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ،2006 .

ب – مذكرات الماجستير

1 أبو عامود فادي فلاح ، رسالة المعلومات الالكترونية في القانون الأردني، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية ، 2004 .

2- بن عميمور أمينة، البطاقات الالكترونية للدفع والقرض والسحب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2005 .

IV- الكتب والمؤلفات

أ- الكتب المتخصصة

1- أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، بدون دار ومكان النشر ، 2000 .

2- أبو زيد محمد محمد، تحديث قانون الإثبات مكانة المحررات الالكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النشر ، 2002 .

3- أبو هبة نجوى، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002 .

4- أحمد خالد العجلوني، –التعاقد عن طريق الانترنت دراسة مقارنة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الإصدار الأول سنة 2002 .

5- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2003 .

6- أحمد محمد غنيم، الإدارة الالكترونية ، كلية التجارة ، جامعة المنصورة ، 2004 .

7-إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006 .

8-اعطا عبد العاطي السنباطي ، الإثبات في العقود الالكترونية ، دار النهضة العربية القاهرة،2012 .

9-زهرة محمد المرسى، الحاسوب والقانون مؤسسة الكويت للتقدم العلمي بالكويت الطبعة الأولى ، 1995 .

10- حجازي عبد الفتاح بيومي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2005 .

11- طلال بن عبد الله حسين الشريف، الحكومة الالكترونية ثورة القرن الحادي والعشرين في تطوير الإدارة العامة تجربة المملكة العربية السعودية، المكتب الجامعي الحديث ، القاهرة ، 2011 .

12- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2012 .

13- لطفي محمد حسام، استخدام الوسائل الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها دار النهضة العربية، القاهرة ، 1993 .

14- محمد بهجت قايد – الأوراق التجارية الالكترونية، الكمبيالة الالكترونية، السند لأمر الالكتروني، الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية، 2001 .

15- منصور محمد حسين ، الإثبات التقليدي والالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، 2002 .

16- محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الالكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النهضة العربية ،القاهرة، 2002 .

17- مبروك ممدوح محمد علي، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006 .

18- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، وسائل إثبات العقود الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2010 .

19- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتاب القانونية ،مصر، 2010 .

20- منير الجنيهي وممدوح الجنيهي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر .

21- مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني، وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2010 .

22- محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات ، النسر الذهب للطباعة ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

23- نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني، تعريفه مدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

24- سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني ماهيته، صوره حجته في الإثبات بين التدويل والاقتباس ، دار الجماعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2004 .

25- السيد أحمد عبد الخالق، التجارة الالكترونية والعولمة ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، مصر ، 2006 .

26- عجيمي حسن عبد الباسط، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2000 .

27- عبد الحميد ثروت، التوقيع الالكتروني ومخاطره وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات ، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء القاهرة، 2003 .

28- عالي جمال عبد الرحمن محمد، الحجية القانونية للمستندات الالكترونية، بدون دار للنشر ، 2004 .

29- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 .

30- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2010 .

31- عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الالكتروني في مصر والدول العربية ، بدون سنة ومكان نشر .

32- فيصل سعيد الغريب، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، 2005 .

33- الصمادي جازم نعيم، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن، 2003 .

34- القاضي الحجار، وسيم شفيق، الإثبات الإلكتروني المنشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان، 2002.

35- رضوان رأفت، عالم التجارة الالكترونية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة ، 1999 .

36- الرومي محمد أمين، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، 2004 .

37- ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني ماهيته مخاطره وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الإسكندرية، طبعة 2005

38- ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني دراسة مقارنة تقديم القاضي الدكتور مروان كركبي ، دار المنشورات الحقوقية، بدون مكان نشر ، 2003 .

ب- الكتــب الـعـامـــــة

1- أنور سلطان، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ،الإسكندرية، 1970

2- إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات-الكتابة- القرائن-الإقرار-اليمين، مطبعة النجاح الجديدة، 1990 .

3- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية الجزء الأول، الطبعة الأولى دار المعرفة، الرباط ، المغرب، 1998.

4- الأهواني حسام الدين كامل، نظرية الالتزام المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000

5- أحمد شكري السباعي ، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية ، دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، دار النشر المعرفة ، الرباط ،2001

6- الأهواني حسام الدين كامل، شرح قانون الإثبات، بدون دار نشر ، 2002

7- ابن منظور ، لسان العرب، ، الجزء السادس، مطبعة مصر الحديثة ، بدون سنة نشر

8- هجرة مصطفي مجدي، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994

9- حمود عبد العزيز المرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون دار للنشر، 1995

10- حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب المسماة التجريد لنفع العبيد للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمى، الجزء الرابع ، المكتبة الإسلامية ديار بكر ، تركيا بدون سنة نشر .

11- يوسف على طويل، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء للقلقشندي، جزء 01 ، دار الفكر دمشق، 1987.

12- مرقص سليمان، وصول الإثبات في المواد المدنية المطبعة العالمية ، الطبعة الثانية القاهرة، ، بدون سنة نشر .

13- محمد عبد العزيز مرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون دار نشر ، 1995

14- محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود الرياض ، 1999

15- منصور محمد حسين، قانون الإثبات وطرقه، دار المعارف الجامعية الإسكندرية، 2004

16- محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ،الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، أحكام الالتزام، مطابع الوحدة العربية الزاوية،2005

17- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، 2008

18- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009

19- نشأت أحمد، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السادسة، بدون دار نشر، سنة 1996

20- نوري حمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص في القانون الأردني والفرنسي، دراسة مقارنة، المجلد الثالث العدد الثاني، لسنة 1998

21- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات، آثار الالتزام مجلد2، منشورات دار إحياء التراث العربي، بيروت ، 1973.

22- سرور محمد شكري، موجز الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي،القاهرة، 1986

23- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، الجزء 1، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1997

24- سيد أشرف جابر، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة 2003

25- عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة 1980، بدون دار نشر .

26- عمران محمد علي، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مكتبة سعيد رأفت ، جامعة عين شمس، مصر ، 1983

27- عبد الودود يحي، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية مصر ، 1988

27- علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، بيروت بدون دار النشر ، 1991

28- علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارنة دار النهضة العربية ، القاهرة، 1993

29- عبد الله فتحي عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول الجزء الأول (العقد والإرادة المنفردة) بدون دار للنشر ،1996

30- عبد السيد تناغو، النظرية العامة للإثبات، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية 1997

31- العبودي عباس، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الأردن، 1998

32- عباس العبودي، أحكام الإثبات في القانون المدني العراقي، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة 1998

33- عبد الرحمان حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999

34- عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة ، الجزائر، 2004

35- فرج توفيق حسن، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية تنقيح عصام توفيق حسن فرج ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، بدون سنة نشر .

36- الصدة عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1986

39- قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري العربي الأجنبي المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2006 .

40- القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية،منشورات بيرتي، الجزائر 2006/2005 .

41- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية "النظرية العامة للإثبات" ، الدار الجامعية ،بيروت، 1993 .

42- شنب محمد لبيب، دروس في الإثبات، مطبعة كريدية ، بيروت ، 1971.

43- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2002 .

44- خطاب طلبة وهبة، دروس في أحكام الالتزام والإثبات بدون دار ومكان نشر2005 .

V- المداخلات وأعمال الملتقيات والمؤتمرات

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الالكترونية ، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية ،كلية الشريعة والقانون ،جامعة الإمارات ماي 2003

2- أبو الليل الدسوقي، التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات ، دراسة مقارنة بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب ، ، كلية الحقوق ، جامعة اليرموك ، الأردن ، المنعقد من 12-14 تموز 2004 .

3- بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية ندوة الأعمال المصرفية المجلد 5.

4- زهرة محمد المرسي، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المنعقد بتاريخ 1 إلى 12 ماي 2003.

5- محمد رأفت عثمان، ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها وتمييزها عن غيرها، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس ، جامعة كلية الشريعة والقانون الإمارات العربية المتحدة، ، المنعقد بتاريخ 1 إلى 12 ماي 2003

6- المومني بشار طلال، حجية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في كلية الحقوق، جامعة اليرموك ، الأردن، من12-14 تموز 2004

7- مصطفى أبو مندور، خدمات التوثيق الالكتروني، ندوة الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، كلية الحقوق، جامعة حلوان ، 23 /2008/11 .

8- نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الالكتروني والنقود الرقمية دراسة مقارنة، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون سنة 2003 المجلد الأول ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون المنعقد من 1إلى 12 ماي 2013 .

9- صلاح زين الدين، -دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الالكترونية بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ماي 2003

10- شرف الدين أحمد، التوقيع الالكتروني وقواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الالكترونية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الالكترونية ، جامعة الدول العربية مصر،سنة 2000 .

VI - القرارات القضائية

1- قرار المحكمة العليا، الصادر في 1983/01/05، المجلة القضائية لسنة 1989 عدد01 ، ص 32-33-34.

2- تمييز حقوق رقم: 1988/491/، مجلة نقابة المحامين الأردنيين،العدد 4/3 لسنة 1989

2-تمييز حقوق رقم: 1994/136،مجلة نقابة المحامين الأردنيين،العدد 10/9 لسنة 1999.

II/ BIBLIOGRAPHIE EN EN LANGUES ETRANGERES

I – EN FRANÇAIS

A- OUVRAGES

1- Herve croze , " Informatique, preuve et sécurité, Dalloz , N°24 chronique XXXI , 1987 .

2- Didier lamethe , Réflexions sur la signature, Gaz- pal 24janvier 1976 (1er sem) page:74 Cass civ 1-5 oct; 1959 jcp 5911.11.323 note voirin.

3- Gauaida (H), la validité De certaines signatures A la Griffe D'effet de commerce, Jcp1966 .

4- Wilims (w), De la signature Au "notaire Electronique la validation De la communication Electronique, mélanges Pardon (Jean) Bruylant, Bruxelles 1996 .

5- Hocquard (J). Télécopie et preuve, informatique et preuve Colloque De 10 Nov 1995, Les Petites Affiches, Nom 65 ,29 Mai 1996 .

6- Guy Sabatier, le porte –monnaie Electronique et le porte –monnaie virtuel. Puf, coll (que sais –jer ?), Mai 1997 .

7- Martin (s), Tessalonikos(A) la signature électronique premières refixions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et de la loi du 13 mars 2000, gas. pal. Mercredi 19, jeudi 20 juillet 2000 .

8- Pierre-yves Gautier et xavier de Belffonds " preuve et commerce électronique, de l'écrit Electronique et des signature qui s'y attachent" article paru au JCP la semaine Juridique, N°24 du 14/6/2000 .

9- Hubert Bitan, la signature électronique répond-elle aux exigence de la loi Gazette du palais-juillet-aout 2000 .

10- Nataf (ph) lighburn (g) la portant adaptation du droit de la peruve aux technologies de l'information" jcp n°21_22 2000

11- La rrieu(j) ." Identification et authentification art. prec.prec

12- Eric Caprioli (E) Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000_ 230 du 13 mars .JCP. n°2.2000

13- Eric caprioli la loi française sur la preuve et la signature Electronique dans la perspective Européenne jcp n18 .3mais 2000

14- Cyrille charbonneau, frédéric-jérome pansier, Le droit de la preuve est un totem moderne (le commerce électronique) Gazette du palais, recueil mars-avril 2000

15 -Goutier (p) "De l'écrit Electronique et des signature qui s'y Attachent " JCP cd.EY, N°31-34 Aout 2000 .

16 -Ray mond Alexander, la signature électronique une histoire fondamentale du droit de la prouve, presses universitaires D.A.X.Marseille,2002

15-K. Cherit: Technique et pratiques bancaires (financières et boursières) –Grand Alger livres G.A.L-Alger-2003

B/ Recherches enregistrés sur Internet

1- Signature Electronique : Le Droit Précède le Marche : .P.1. http://www.mag.securs.com/article.php3?idarticle=1227

2- Tote(D), La Signature électronique et la fiabilité Réelle Des Procèdes D'identification P.1http://www.davidtate.apin.c.org/imprimersansphp?Id-article:106

3- Julien ES NAULT, La Signature électronique DESS de droit du multimédia et de L'informatique Université paris II pamtheon-ASSAS 2002-2003, page 16-17 et 18 publie sur www.signelec.com le 21/07/2003.

4- Lion et thoumyre, preuve et signature numérique, septembre 99, Internet, site http://www.juriscom.net//espaces/chojun11.htm

5- La preuve sur internet: les règles classique et l'apport de signature électronique, p.1, http:// www. juriscom.net/uni/doc

6- Amegee (n) la signature Electronique Fragilise t elle le contrat? P.7.http://www.lexana.org

II – EN ANGLAIS

1- Utah, Digital signature, Act (Edi law Review, 1995), 27 Feb And 1May 1995, Art 103.10 “Digital signature means A transformation of A message using An Asymetric cry to system“.

2- Gragor (w) and sandler (J), the ont look for gonsumer payment services Bankers magazine, January-february 1995.

3- Wright (B) Distribution, The Risks of Electronic signatures, Practicing Law Institute – PLI order no. G4-3988-September 1996

4- Wright (J) smart cards : legal and regin latory challenges Bankers magazine, March – April 1997 .

5-Sinisi Vinenzo, digital signature legislation in Europe, International business lawyer, Vol 28.No11, December 2000

الفهرس

	الفــرع الثـــاني: التوقيع تعبير عن إرادة الالتزام بالتصرف (التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون التصرف القانوني)
	المبحـث الثــاني: التوقيع الإلكتروني (التوقيع بالشكل الإلكتروني)
	المطـلـب الأول :تعريف التوقيع الالكتروني (Signature Electronique)
	الفــرع الأول: تعريف الفقه للتوقيع الالكتروني
	الفرع الثاني : تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية
	أولا: تعريف التوقيع الالكتروني حسب ما جاء به قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية
	ثانيا: تعريف التوقيع الالكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية
	ثالثا: تعريف التوقيع الالكتروني من خلال توجيهات التكتلات الإقليمية (التوجيه الأوربي رقم 1999/93 الصادر في 1999/12/13 في شأن التوقيع الالكتروني)
	الفـــرع الثـــالث: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الوطنية (التشريعات المقارنة)
	أولا: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري
	ثانيا: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات العربية (مصر، الأردن، تونس)
	ثالثا: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع الفرنسي
	المطلــب الثـــاني : أشكـال التوقيـع الالكتـروني
	الفرع الأول : التوقيع بواسطة القلم الالكتروني
	أولا – خدمة التقاط التوقيع
	ثانيا– خدمة التحقق من صحة التوقيع

الفصــل الثانــي : تقنيـات التوقيــع الالكترونـــي	
المبحث الأول : تطبيقات التوقيع الالكتروني	
المطلب الأول : التوقيع الالكتروني في بطاقات الدفع الالكترونية	
الفرع الأول: بطاقات الدفع أو بطاقة الوفاء Débit cards	
أولا- طريقة التحويل المباشر	
ثانيا- طريقة التحويل غير المباشر (Off-Line)	
الفرع الثاني: بطاقة السحب الآلي (A.T.M) (Cash card)	
المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني في أنظمة الدفع الإلكترونية	
الفــرع الأول: الأوراق التجارية الالكترونية والاعتماد المستندي الالكتروني	
أولا - الشيكات الالكترونية : **Electronic Cheque**	
ثانيا- السفتجة الالكترونية (الكمبيالة الالكترونية	
ثالثا- الاعتماد المستندي الالكتروني	
الفــرع الثــاني: النقود الرقمية والدفع عبر الوسائط الإلكترونية	
أولا- النقود الرقمية Digital Cash	
ثانيـا- الدفع عبر الوسائط الالكترونية	
1- الهاتف المصرفي **Phone Bank**	
2- الانترنت المصرفي **Internet Bank**	
الفرع الثالث: الحكومة الالكترونية	

أولا- التعاقد عبر شبكة المواقع	
ثانيا- التعاقد من خلال المحادثة عبر الانترنت	
المبحث الثاني : الجهات المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكترونية (شهادة التوقيع الالكتروني)	
المطلب الأول: النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني	
الفرع الأول: مفهوم وواجبات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني	
أولا- تعريف جهات التصديق الالكتروني	
ثانيا- الشروط القانونية لممارسة نشاط التصديق الالكتروني	
ثالثا- واجب السرية والمحافظة على المعلومات ذات الطابع الشخصي	
الفرع الثاني: الأحكام القانونية الخاصة بشهادة التصديق الالكتروني	
أولا- مفهوم شهادات التصديق الالكتروني	
ثانيا – تعريف شهادة التصديق الالكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية	
ثالثا- تعريف شهادة التصديق الالكتروني في التشريعات الوطنية	
المطلب الثاني : مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني	
الفرع الأول: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للقواعد العامة	
أولا: المسؤولية العقدية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني	
ثانيا : المسؤولية التقصيرية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني	
الفرع الثاني : مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للقواعد الخاصة المنظمة لها	

أولا : مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وفقا للتوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 1999	
ثانيا– مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري القانون رقم 04/15	
ثالثا– مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني في التشريع التونسي القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية	
رابعا– مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2002	
خلاصة الباب الأول	
الباب الثاني: القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني	
تمهيد الباب الأول	
الفصل الأول: تنظيم الإثبات الالكتروني	
المبحث الأول: حجية عناصر دليل الإثبات الالكتروني (الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني)	
المطلب الأول: حجية الكتابة الالكترونية	
الفرع الأول تعريف الكتابة الالكترونية	
أولا: ماهية الكتابة التقليدية	
1–المحررات الرسمية	
2 –المحررات العرفية	
ثانيا: ماهية الكتابة الالكترونية	
الفرع الثاني القوة الثبوتية للكتابة الالكترونية في الإثبات	
أولا : شرط قابلية المحرر الالكتروني للقراءة وإمكانية الاطلاع عليه	
ثانيا: شرط الحفاظ على سلامة بيانات المحرر الالكتروني واستمرار وجود الكتابة الالكترونية مدة معينة من الزمن	

ثالثا: شرط عدم الاختراق	
رابعا: مبدأ التكافؤ الوظيفي في الحجية بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية	
خامسا: موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالكتابة الالكترونية	
المطلب الثاني حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات	
الفرع الأول : حجية التوقيع الالكتروني ومساواتها بحجية التوقيع التقليدي ضمن النصوص القانونية المقرة بهذه الحجية	
أولا: أحكام وشروط قرينة التوقيع الالكتروني	
ثانيا: فحص التوقيع الالكتروني بحسب المرسوم رقم 272 لسنة 2001	
ثالثا: التوقيع الالكتروني يعرف بهوية صاحبه والتعبير عن رضائه بمحتوى المحرر الالكتروني	
رابعا: أن يتميز التوقيع الالكتروني بارتباطه الفريد بالشخص صاحب التوقيع:	
الفرع الثاني : قرينة حجية التوقيع الالكتروني المتقدم	
أولا- قرينة حجية التوقيع الالكتروني المتقدم في التشريعات الإقليمية	
ثانيا- قرينة حجية التوقيع الالكتروني المتقدم في التشريعات الوطنية	
المبحث الثاني : حجية المحررات الالكترونية في الإثبات	
المطلب الأول : حجية المحررات الالكترونية في التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني	
الفرع الأول : تعريف المحرر الالكتروني	
الفرع الثاني: النصوص القانونية التي ساوت بين المحررات الالكترونية والتقليدية	
أولا: التدليل على شخصية الصادر عنه المحرر الالكتروني بشكل قاطع وجلي	
ثانيا: أن تكون الكتابة الالكترونية مقروءة (قراءة بيانات المحرر الالكتروني)	
ثالثا: عدم قابلية تعديل المحرر الالكتروني(أن تكون الكتابة الالكترونية غير قابلة للتعديل)	
رابعا : استمرارية بيانات المحرر الالكتروني	

ثانيا – قابلية التوقيع الالكتروني في اتفاقات الإثبات بعد صدور تشريعات مقرة بحجيته	
المطلب الثاني : التحديات التي تواجه اتفاق الأطراف في تنظيم حجية التوقيع الالكتروني	
الفرع الأول: مدى صحة اتفاق الأطراف في حالة تضمنه لشروط تعسفية (عقد الإذعان)	
أولا: خاصية أو شرط عدم التوازن بين أطراف العقد	
ثانيا: خاصية أو شرط أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة تعد من الضرورات الأولية التي لا يمكن للمتعاقد أن يصرف النظر عنها	
ثالثا: خاصية أو شرط أن يصدر الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة	
الفرع الثاني : أثر مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه على اتفاق الأطراف	
أولا: تحديات تعارض الإثبات بالسندات الالكترونية مع قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه	
ثانيا: موقف القضاء من مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه	
المبحث الثاني:الاستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات	
المطلب الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن حسب الأصل	
الفرع الأول: حرية الإثبات في المواد التجارية (المعاملات التجارية)	
الفرع الثاني: حرية الإثبات في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن نصاب معين	
أولا: قاعدة الأخذ بقيمة الالتزام وقت إبرام العقد	
ثانيا: قاعدة الأخذ بحرية الإثبات حتى ولو اشتملت الدعوى على طلبات متعددة	
ثالثا: تطبيق هذا الاستثناء على العقود والاتفاقات أيا كان نوعها	
المطلب الثاني:الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن استثناء	
الفرع الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة (بداية حجة كتابية)	
أولا: وجود ورقة مكتوبة	

إن ثورة تكنولوجيا المعلومات أدت إلى إحداث تغييرات جذرية في أساليب ووسائل إبرام التصرفات القانونية، هذه الأخيرة أصبحت تتم عبر وسائط الكترونية يغيب عنها الوجود المادي وتوقع توقيعا الكترونيا، الأمر الذي استدعى تدخل المشرع من أجل بناء مفاهيم قانونية تتماشى وطبيعة تكنولوجيا المعلومات وتقر بالقوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني الذي حل بديلا للتوقيع التقليدي.

إن أهمية التوقيع الالكتروني تكمن في قدرته على حفظ بيانات المحرر الالكتروني وسلامته من التلاعب، والسماح بتحديد هوية الشخص وتميزه عن غيره وكاشفا عن إرادته ودالا عن رضائه بما وقع عليه.

نظرا للمخاطر والشكوك التي كانت تحوم حول التوقيع الالكتروني لغياب العلاقة المباشرة بين الأطراف، فإن توفر عنصر الثقة والأمان في هذه التصرفات عنصرا أساسيا، لذلك نصت التشريعات المنظمة للإثبات الالكتروني بصفة عامة والتوقيع الالكتروني بصفة خاصة على طرف ثالث وهو الطرف الموثوق به "مؤدي خدمات التصديق الالكتروني" وظيفته توطيد العلاقة بين طرفي العقد من خلال شهادة التصديق الالكتروني.

أقر المشرع الجزائري بحجية عناصر الدليل الالكتروني في الإثبات بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، وبذلك حسم الخلاف والجدل الذي كان قائما حول مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، أين أقر بمبدأ التكافؤ في الإثبات بين عناصر الدليل التقليدي وعناصر الدليل الالكتروني في أحكام المادة 323 مكرر 1.

في إطار التكفل بالمتطلبات القانونية والتقنية في مجال المبادلات الالكترونية وقصد ترسيخ القواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين، ومسايرة للتشريعات أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، معتبرا الإثبات بالشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة التقليدية.

ولهذا جاءت هذه الدراسة لمعالجة حجية التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري انطلاقا من تعديل قواعد الإثبات وانتهاء بأحكام القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

Résumé

La Révolution des techniques de l'information et de la technologie a conduit à des changements radicaux en matière de ratification des actes juridiques, ces derniers sont effectués à travers des moyens électroniques, en absence d'existence matérielle, signés électroniquement, ce qui a motivé le législateur d'interférer pour mieux éclairer les notions juridiques compatibles avec la spécificité de la technologie de l'information, et qui reconnaît l'autorité de la signature électronique, qui a substitué la signature ordinaire.

L'importance de la signature électronique se résume dans sa capacité de garder les données du support électronique, son sécurité, permettre de déterminer l'identité de la personne et le distinguer des autres, en révélant sa volonté, indiquer son consentement de ce qui a signé.

En considérant les risques et les doutes concernant la signature électronique, en absence d'une relation directe entre les parties, la confiance et la sécurité sont indispensables. Les législations régissant la preuve électronique, ont stipulé la nécessité d'une partie tiers, qui est chargé de renforcer les relations entre les cocontractants, cette partie est le prestataire de la certification électronique par une attestation portant les cordonnées et indiquant la relation entre le signataire et sa signature.

Le législateur algérien résolu le litige autour de l'autorité de l'évidence de la signature électronique, par la loi n° 05-10 en 20 Juin 2005 portant le code civil , ou il a endossé le principe de la parité en terme de preuve entre les preuves ordinaires et les preuves électroniques (signature électronique), notamment dans son article 323 bis 1.

En vertu de prendre en charge des exigences juridiques et techniques dans le domaine des échanges électroniques, et à l'intention d'établir les règles générales de la signature électronique, le législateur algérien a édicté la loi 15-04 en 01-20-2015 relative à la signature et la certification électronique, en stipulant que la signature électronique décrite est équivalente à la signature ordinaire .

Dans ce contexte, cette étude vise le traitement de l'autorité de la signature électronique dans la législation algérienne, à partir la modification des règles des preuves, en arrivant aux disposition de la loi 15-04 relative à la signature et la certification électronique